

طبع

عبد الرحمن الجشي
الطبعة الثانية للفوزان
www.moswarat.com

الدِّرْجَاتُ مَكْلُومٌ وَالْمَرْجَدُ مَوْلَى

في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية



تأليف
قدري محمد محمود

دار الصميعي
للنشر والتوزيع

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْجَنْوِيِّ
أَسْكَنَ اللَّهُ الْفَرْوَانَ

www.moswarat.com

رُغْبَة

جبن الرَّحْمَنِ الْجَنَّانِي
الْمُكَبَّرُ لِلَّهِ الْغَرَوْكَرِي
www.moswarat.com

أصل الكتاب
رسالة ماجستير

جامعة طنطا كلية الحقوق
قسم الشريعة الإسلامية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور
زكي زكي زيدان
أستاذ الشريعة الإسلامية

الْتَّحْكِيمُ

في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

ح دار الصميمعي للنشر والتوزيع ١٤٣٠ هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

أحمد، قدربي محمد

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية / قدربي محمد أحمد -

الرياض ، ١٤٣٠ هـ

ص ٢٤ × ١٧ سم

ردمك : ٩٧٨-٦٠٣-٨٠٥٠-٠٧-١

١- التحكيم (قانون مراقبات) ٢- الأحكام الشرعية ٣- التحكيم (فقه إسلامي) ١. العنوان

ديوبي : ٢٥٧٥٥ / ٤٣١٦

رقم الإيداع : ١٤٣٠ / ٤٣١٦

ردمك : ٩٧٨-٦٠٣-٨٠٥٠-٠٧-١

مُحْفَظَةٌ
جَمِيعِ الْحَقُوقِ

الطبعة الأولى

م ٢٠٠٩ / هـ ١٤٣٠

الصف والإخراج الفني
بدار الصميمعي

دار الصميمعي للنشر والتوزيع /
المملكة العربية السعودية

الرياض ص. ب: ٤٩٦٧

الرمز البريدي ١١٤١٢

المركز الرئيسي : الرياض - السويدسي -

شارع السويدسي العام

هاتف: ٤٢٥١٤٥٩ - ٤٢٦٢٩٤٥

فاكس: ٤٢٤٥٣٤١

فرع القصيم: عنزة - بجوار مؤسسة الشيخ

محمد بن عثيمين الخيرية

هاتف: ٣٦٢٤٤٢٨ - ٣٦٢١٧٢٨

الموزع في المنطقة الغربية والجنوبية

/ جوال ٠٥٠٩٧٧١٥٦٨

مدير التسويق ٠٥٥٥١٦٩٠٥١

البريد الإلكتروني:

daralsomaie@hotmail.com

الْجَنَّاتِيُّ وَالْمُرْسَلِ فِي ضَوْءِ أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

تَأْلِيفُ
قَدْرَيْ مُحَمَّدٌ مُحَمَّدٌ

سُورَةُ الرَّحْمَنِ

قَالَ تَعَالَى:

﴿فَلَا وَرِبَّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ إِنَّمَا لَا يَحِدُّونَ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا أَسْلِيمًا ﴾ (٦٥)

[النساء: ٦٥]

صدق الله العظيم

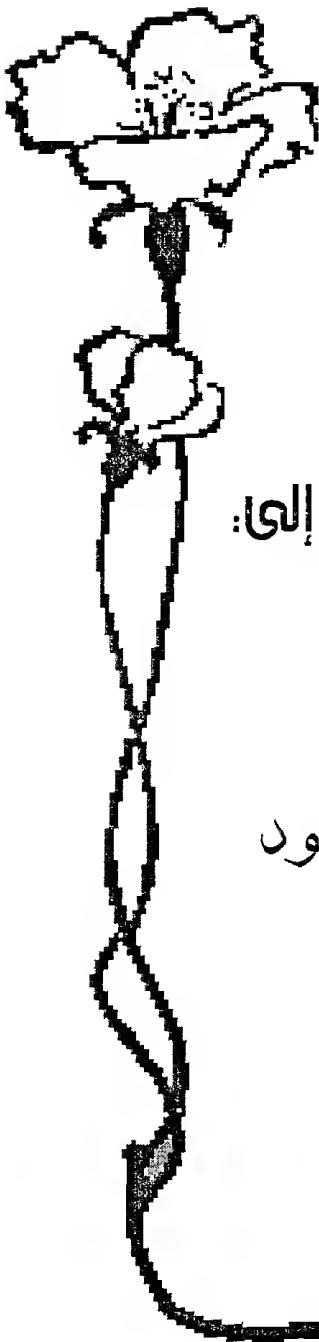
قَالَ تَعَالَى:

﴿سَمَّنُوْنَ لِكَذِيبٍ أَكَلُوْنَ لِلْسُّجْنِيْتِ فَإِنْ جَاءَهُمْ فَأَخْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَغْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَكَلَّ بَيْضُوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَخْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِيْنَ ﴾ (٤٢) (النائدة: ٤٢).

صدق الله العظيم

رَفْعٌ

عن الرَّحْمَنِ (النَّجَّارِ)
أَسْلَمَ (اللَّهُ لِلْفَرْوَانِ)



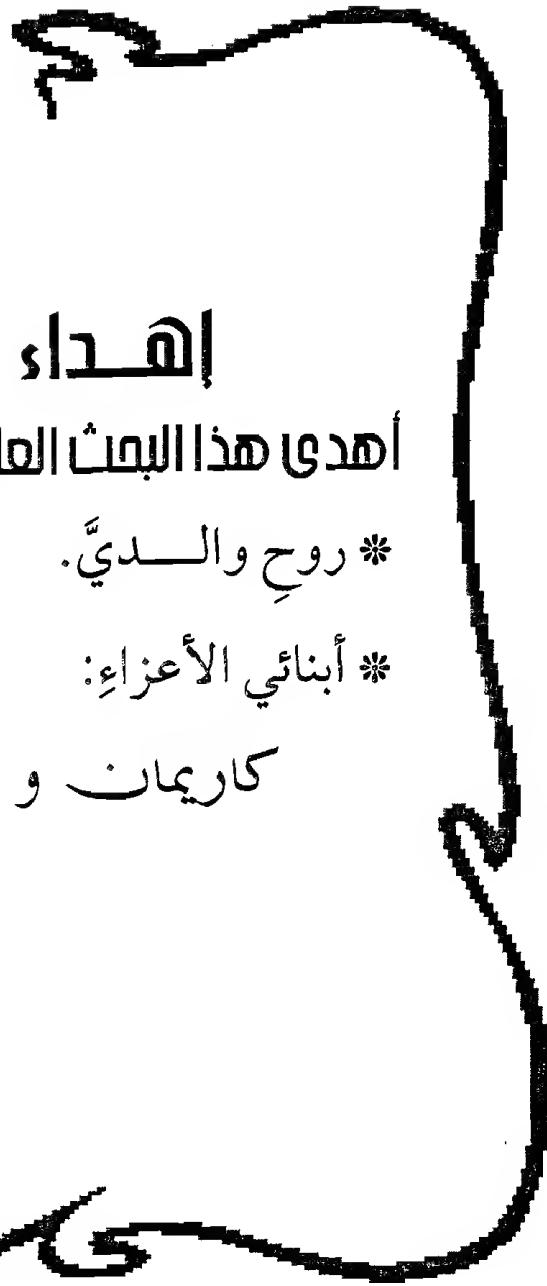
أهداء

أهدى هذا البحث العلمي إلى:

* روح والدي.

* أبنائي الأعزاء:

كاريمات و محمود



رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْبَخْرَيِّ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْفَزْوَارِ

www.moswarat.com

المقدمة

إِنَّ الْحَمْدَ لِلّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْمُرْسَلِينَ سَيِّدِنَا وَنَبِيِّنَا مُحَمَّدَ^{صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ} وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْعَنِينَ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ.
وَبَعْدَ،

فَإِنَّ الْغَاِيَةَ الَّتِي أَسْتَهْدِفُهَا الشَّرَاعِنَ السَّمَاوِيَّةُ جَمِيعُهَا هِيَ «السَّلَامُ» إِذْ إِنَّ السَّلَامَ وَنَبْذَ
الْخِلَافِ وَفَضْلَ الْمَنَازِعَاتِ بَيْنَ النَّاسِ^{غَايَةٌ} طَالِمَا سَعَى إِلَيْهِ الْعُقَلَاءُ فِي كُلِّ مَكَانٍ وَزَمَانٍ.
وَكَانَ أَفْضَلُ اسْمٍ لِلْمُؤْمِنِينَ هُوَ الْمُسْلِمُ فَإِسْمُ الْإِسْلَامِ مُشَتَّقٌ مِّنَ السَّلَامِ.
وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿مِلَّةُ أَيِّكُمْ لَتَرَهُمْ هُوَ سَمَّنَكُمُ الْمُسْلِمُونَ مِنْ قَبْلِكُم﴾ [الحج: ٧٨].

وَحِقْيَةُ الدِّينِ الْإِسْلَامِيِّ هِيَ الْإِسْلَامُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ إِذْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَمْرَنَا لِتُشَرِّمَ
لِرَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ [الأنعام: ٧١].

وَتَحْيَةُ أَهْلِ هَذَا الدِّينِ فِيهَا بَيْنَهُمْ «السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ». وَخَتَامُ صَلَاتِهِمْ
سَلَامٌ يَمْنَأُهُ وَيَسَّرُهُ.

وَمِنْ أَسْبَابِهِ تَعَالَى السَّلَامُ إِذْ قَالَ تَعَالَى: ﴿هُوَ اللَّهُ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْمَلِكُ
الْقُدُّوسُ السَّلَامُ﴾ [الحشر: ٢٣].

وَلَنْ يَأْخُرَ الْمُسْلِمُ عَنِ الْإِسْتِجَابَةِ لِدُعَوَةِ السَّلَامِ ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَأَجْنَحْنَاهُ
وَتَوَكَّلُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [الأنفال: ٦١].

وَمِنْ كُلِّ مَا تَقْدِيمُ يَتَضَرُّعُ لَنَا أَنَّ الْإِسْلَامُ هُوَ شَرِيعَةُ السَّلَامِ، وَدِينُ الْمَرْحَةِ وَالْمَحْبَةِ
وَالْتَّائِخِيِّ، وَيَتَوَاصُى الْمُؤْمِنُونَ بِهِ بِالصَّبَرِ وَالْمَرْحَةِ، ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ الَّذِينَ أَمْنَوْا وَتَوَاصَوْا بِالصَّبَرِ
وَتَوَاصَوْا بِالْمَرْحَةِ﴾ [البلد: ١٧؛ ١٨].

وَشَعَارُ الْمُسْلِمِ دَائِمًا عِنْدَ كُلِّ قَوْلٍ أَوْ عَمَلٍ: «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»، وَالآيَاتُ

القرآنية الكريمة، والأحاديث الشريفة ففرضت السلام تدريجياً عملياً للناس، بعدها عن الرذائل والتردي في مهاويي الضلال.

فالقاعدة الأساسية التي سنّها الإسلام للحياة هي: الاستقرار والأمن والسلام والترابط. فواجهة واقع الناس، لأن المجتمع -إذا يضم ذوي الأهواء والنوازع، ويضم أيضاً المعتدل والظالم ومريض النفس- يحتاج من يداوي تلك الأمراض فيه، فشرع التشريعات المختلفة حرصاً عليه من أن تناهه يدُّ البغي والظلم وإقامة للعدل بين الناس، وإيصالاً للحق إلى مستحقيه.

ومن تلك التشريعات التي تفضي بها المنازعات:

- الصلح: وهو عقد يتم به قطع النزاع .

- والقضاء: وهو حُكْمٌ مُلْزِمٌ يصدر عن ولاية عامة.

- والتحكيم: وهو تَوْلِيَةُ الخصمين حاكِمًا يحكم بينهما برضاهما .
وهو موضوع رسالتنا هذه .

ولما كانت وظيفة الحاكم في الإسلام وغيره من الشرائع الربانية فريضة شرعية، وضرورة إنسانية، قال تعالى: ﴿يَنَّدَاوِدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءِي فَيُضْلِلَكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَعْنَلُونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [ص: ٢٦].

ذلك أن الحق يكتسب قوته من مقوماته التي تستند إلى الأدلة الصحيحة، وتتفق مع الفطرة السليمة، ويدعمها النظر العقلي السديد، ويزاشرها الواقع المشاهد والعملي في حياة الناس والشعوب؛ ولكن عوارض الحياة التي تغشى الأعين ويتغلب فيها الهوى وتنتصر لها النفس بالباطل تحول دون إظهار الحق وإعلاء كلمته حتى يكون له سلطان يؤيده، ويزود عنه، ويحمي حوزته، وتلك هي سنة الله في المدافعة بين الحق والباطل؛

يَقُولُ اللَّهُ أَكْبَرُ: هُوَ الَّذِي دَفَعَ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِعَضًا مُّلَمِّدًا صَوْمَعُ وَبَيْعُ وَصَلَوَاتُ وَمَسَاجِدُ
يُذَكَّرُ فِيهَا أَسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَسْتُرَ إِنَّ اللَّهَ لَغَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴿٤٠﴾ [الحج: ٤٠].

إن وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية أمر لا يجادل فيه إلا مكابر بدلالة النصوص القطعية، وشواهد الواقع التاريخي للأمة الإسلامية، كما وإن كثيراً من الناس يفضلون فض خصوماتهم عن طريق التحكيم بدلاً من القضاء لأهميته الكبيرة التي تتجلى في:-
- الإسراع في فض المنازعات وسرعة البت فيها، لأن المحكمين يتفرغون للفصل في تلك الخصومة.

- الاقتصاد في الرسوم والنفقات، فلا تحتاج إلى رسوم القضاء.

- وكذلك تلافي الحقد والضغينة بين المتخاطفين، لأن حسم النزاع بينهم سيكون بعد التراضي بطيب خاطر بواسطة أشخاص - المحكمين - حازوا ثقتهم التامة.
ولما كان التحكيم من السبل التي جأ الناس إليها مُنذ المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني عند الإنسان، وتطور مع النمو الحضاري للبشرية إلى وقتنا هذا، نال اهتمام الفقهاء المسلمين، فعرضوا مسائله في مواضع مختلفة متباude من الكتب والمراجع، وأشبعوها بحثاً وتدقيقاً خاصة في مجال قانون المرافعات المدنية والتجارية، شأنه بذلك شأن المسائل الفقهية الأخرى.

إلا أنني رأيت الباحثين المعاصرين من أهل ورجالات القانون وغيرهم حين يتحدثون عن «التحكيم» لم يتعرضوا لما كتبه فقهاؤنا المسلمين فيه، ..
ولما كانت جزئيات موضوع التحكيم ومسائله متباude في كتب التفسير والحديث، وفي أبواب مختلفة من كتب الفقه، ولم يجمعها كتاب، لا سيما أن فيها مذاهب وآراء كثيرة جديرة بالعرض والمناقشة.

لذلك رأيت أن أكتب في هذا الموضوع جاماً شتات مسائله وأحكامه قدر جهدي ومعرفتي، عارضاً لما ذكره أساتذتنا وفقهاونا المسلمين وبين بعض ما ذكر أساتذتنا فقهاء القانون، لكي أحاول جاهداً ومجتهداً إظهار أصالة وعمق تفكير أساتذتنا وفقهائنا الأوائل، ومعالجتهم لما يكتنف المجتمع من مشاكل.

هذا وأهمها أتيت من بلاهة الأسلوب وجزالة التعبير وحسن التنسيق والتنمية فلن أستطيع أن أفي حق كل من قدّم لي النصح والتوجيه بكلمة أو تعليق أو إرشاد عن بعض المراجع فجزاهم الله خيراً، ووفقنا لما يحبه ويرضاه.

وأخص بالشكر أستاذي ومعلمي الأستاذ الدكتور زكي زيدان أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة طنطا على ما بذله معي من جهد ووقت وترجيه وتصحيح وتعديل لهذه الرسالة.

والله أسأل أن يتقبل مني هذا العمل المتواضع، وأن ينفع به المسلمين وينفعني، وأن يوفقنا لما يحبه ويرضاه من القول والعمل، ويثبت أقدامنا، وينصرنا على القوم الكافرين. **وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.**

الباحث

قدري محمد محمد مصطفى محمود

سبب افتياض الموضع

- ١ - بيان عظمة الشريعة الإسلامية في بيان كيفية إنهاء الخصومات والمنازعات بين أفراد المجتمع.
- ٢ - بيان قواعد وأسس التحكيم في الشريعة الإسلامية، حتى يلجأ إليها المتأصمان.
- ٣ - أن أسامِّ ولو بقدر ضئيل في كشف كنوز التشريع الإسلامي حتى تكون من الذين يبلغون العلم ولا يكتمنه.
- ٤ - أن أقارن قدر استطاعتي بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، لأبين مدى الاتفاق والاختلاف في هذا الموضوع الهام الذي أصبح من أهم الوسائل في فض المنازعات.

مكتبة كلية التربية

خطة البحث

وتتكون من فصل تمهيدي وخمسة أبواب على النحو التالي:

⇨ الفصل التمهيدي: في التعريف بالتحكيم وتطوره التاريخي

□ المبحث الأول: تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح.

□ المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم.

□ المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السابقة.

□ المطلب الثاني: التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

⇨ الباب الأول: التحكيم في الإسلام ومدى مشروعيته

□ الفصل الأول: مدى مشروعية التحكيم في الإسلام.

□ الفصل الثاني: التحكيم في عصر النبي محمد ﷺ.

□ الفصل الثالث: التحكيم في عصر الخلافة الراشدة.

⇨ الباب الثاني: المقومات الأساسية للتحكيم

□ الفصل الأول: أركان التحكيم.

□ الفصل الثاني: الحقوق التي يتم فيها التحكيم.

□ الفصل الثالث: مدى لزوم حكم المحكم.

□ الفصل الرابع: الفرق بين التحكيم وبين غيره من وسائل فض النزاع.

⇨ الباب الثالث: القواعد العامة للتحكيم وطرق إثباته

□ الفصل الأول: قواعد التحكيم.

□ الفصل الثاني: طبيعة عمل المحكم.

□ الفصل الثالث: طرق إثبات التحكيم.

□ الفصل الرابع: شروط التحكيم .

↳ الباب الرابع: أبرز التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام

□ الفصل الأول: التحكيم بين الزوجين.

□ الفصل الثاني: التحكيم في حالات الحرب.

□ الفصل الثالث: التحكيم بين المسلمين في بلاد الغرب.

↳ الباب الخامس: وسائل انقضاء التحكيم

□ الخاتمة

□ المراجع

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْبَخْرَيِّ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْغَزَوَكَسَّ

www.moswarat.com

رَفِعَ

جَمِيعَ الْرَّعَى إِلَيْهِ الْبَخْرَى
أَسْكَنَ اللَّهُ الْفَرْوَانَ
www.moswarat.com

الفصل التمهيدي
في
التعريف بالتمكيم وتطوره التاريخي

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْبَخْرَيِّ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْفَزْوَارِ

www.moswarat.com

الفصل التمهيدي

في

التعريف بالتحكيم وتطوره التاريخي

سنعرض في هذا الفصل تحديد المعنى المقصود من التحكيم لغةً واصطلاحاً، ثم نميز بين التحكيم وما يشتبه به من الأنظمة القانونية الأخرى، وبعد ذلك نتناول بإيجاز توضيح الجانب التاريخي للتحكيم بالقدر الذي يبين لنا معلم هذا النظام قبل الإسلام، ودوره في فض المنازعات والخصومات بين الأفراد والقبائل، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

- » المبحث الأول: في تعريف التحكيم.
- » المبحث الثاني: في التطور التاريخي للتحكيم ونعرضه في مطلبين:
 - المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السابقة.
 - المطلب الثاني: التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

المبحث الأول

في تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف التحكيم في اللغة:

للتحكيم في لغة العرب معانٍ عديدةً احتوتها قواميس اللغة العربية، فالتحكيم مصدر حَكَمَ (تشديد الكاف مع الفتح)، يقال حَكَمْتَهُ في مالٍ فاحْتَكَمْ، أي جاز فيه حكمه، واستَحْكَمْ فلان في مالٍ فلان إذا جاز فيه حَكْمُهُ^(١).

والحَكْمُ لله تعالى أحكام الحاكمين وهو الحكيم له الحكم، وقال الأزهري من صفات الله تعالى الحَكْمُ والحكيم وما بمعنى الحاكم، وهو القاضي فهو فعيل بمعنى فاعل، أو هو الذي يحْكُمُ الأشياء ويتقنها فهو فعيل بمعنى مفعول، ويقال أيضاً: حاكمه إلى الحاكم: أي دعاه وخاصمه والمحاكمة المخاصة إلى الحاكم^(٢).

وأحْتَكَمُوا أو تَحَاكَمُوا إلى الحاكم إذ رفعوا أمرهم إليه^(٣).

وقال الله تعالى: ﴿فَلَا وَرِثَكُ لَا يُوْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكُ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥].

ويقول تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَكَّمُوا إِلَى الظَّلْمَوْتِ وَقَدْ أَمْرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾ [النساء: ٦٠].

وقال حَكَمُوهُ بَيْنَهُمْ أَيْ أَمْرُوهُ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمْ، ويقال حَكَمْنَا فلاناً فِيمَا بَيْنَنَا أَيْ أَجْزَنَا حَكْمَهُ بَيْنَنَا، وحَكْمَهُ فِي الْأَمْرِ، فاحْتَكَمْ جاز في حكمه، ويقال حَكَمْتَ فلاناً: أَطْلَقْتُ يَدَهُ فِيمَا يَشَاءُ، وحَكَمْنَا فلاناً إِلَى الله أَيْ دعوَنَا إِلَى حَكْمِ الله.

(١) الرازى (محمد بن أبي بكر عبد القادر) مختار الصحاح ص ١٤٨ - الزبيدي - ناج العروس ج ٨ ص ٢٥٢، الأزهري (أبي منصور محمد بن أحمد . ت: ٣٧٠هـ) تهذيب اللغة ج ٤ ص ١١٣، بن سيده (أبي الحسن على ابن اساعيل . ت: ٤٥٨هـ) المخصص ج ٣ المختصر ١٢ ص ٢٣٥.

(٢) ابن منظور (جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم . ت: ٧١١هـ)، لسان العرب ج ٢ ص ١٥١.

(٣) الرازى - مختار الصحاح ص ١٤٨ ، المعجم الوسيط وضع جمع اللغة العربية ج ١ ص ١٩٠.

والحكم بالضم القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس كذا، وأصله المنع، يقال حكمت عليه بکذا إذ منعه من خلافة، وحَكَمْتَ بِنَفْسِكَمْ بَيْنَهُمْ وَجَمِيعِهِ أَحْكَامٍ^(١). والتحكيم لغة هو أيضاً التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم، وأحكام، فاستحکم، أي صار حکماً في ماله «تحكيمًا» إذ جعل الله الحكم فيه، فاحکم عليه ذلك^(٢).

ويطلق الحکم على من يختار للفصل بين المتنازعين^(٣)، قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خَفَتْ شِقَاقٌ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ﴾ [النساء: ٣٥].

ويتبين مما تقدم أن التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير للعمل على فض النزاع أو الخلاف بين الخصمين، يقال حکم زيد عمرًا في ماله إذا أطلق يده فيه والمفروض إليه في الخصومة يسمى حکماً.

ثانياً: تعريف التحكيم أصطلاحاً:

ك عرفه الفقهاء بعدة تعریفات، نذكر منها ما يلى:

[١] عرفه الحنفية بأنه: هو تولية الخصمين حاكماً يحکم بينهما، ورکنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر.

وقيل: هو تولية الخصمين حاكماً يحکم بينهما ورکنه اللفظ الدال عليه^(٤).

[٢] وعرفه المالكية بأنه: «أن الخصمين إذا حکماً بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحکم

(١) تاج العروس ج ٨ ص ٢٥٢، ابن سيدة المحكم ج ٣ ص ٣٥.

(٢) مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازى - طبعة حديثة منقحة دار الجليل - بيروت لبنان ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، ص ١٤٨ (نظام التحكيم - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الرضعي الكوريتي والمصري - د/ سيد أحمد محمود - دار النهضة العربية ٢٠٠٥).

(٣) المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٩٠.

(٤) البصر الرائق، شرح كنز الدقائق ج ٧ ص ٢٤.

بينهما جاز»^(١).

[٣] وعرفه الحنابلة بأنه: «إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكمَاه بينهما ورضياه وكان ما يصلاح للقضاء فحكم بينهما جاز»^(٢).

[٤] وعرفه الشافعية بأنه: «هو أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعوا فيه»^(٣).

ولا ضرر إذا قلنا بأن هذا المعنى الاصطلاحي الذي يتمثل في أن التحكيم في الشريعة الإسلامية هو «عقد تولية وتقليل من طرف الخصومة إلى طرف ثالث ليفصل فيما تنازعوا فيه»، فهو عقد كعقد تولية القاضي منصب القضاء وهو الإمام أو نائبه باعتباره وكيلًا عن الأمة، ومنوطًا به حراسة الدين وسياسة الدنيا، أما تولية الحكم فلا يجب أن تتوافر فيمن يوليه مثل تلك الصفة، بمعنى أنه يصح أن يقع التحكيم من أحد الناس أو من له صفة خاصة كالإمام^(٤). والمراد بالخصمين: هما القريمان المتخاصمان فيشمل ما لو تعدد الفريقان، والمراد بالحاكم: هو ما يعمُّ الواحد والمتعدد^(٥).

[٥] وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٩٠) حيث تنصت على أن «التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما، لفصل خصوماتهما ودعواهما، ويقال لذلك حكم «بفتحتين» ومحكم «بضم اليم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة»^(٦).

(١) ابن فرحون (برهان الدين المالكي) هامش تبصرة الحكم ج ١ ص ٥٥.

(٢) المغني لابن قدامة - مكتبة الرياض الحديثة - طبعة ١٤٠١ هـ ١٩٨١ م ج ٩ ص ١٠٧.

(٣) أدب القاضي ج ٢ ص ٣٧٩ للهاردي.

(٤) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ اسماعيل الأسطل، مكتبة النهضة العربية ص ١٦.

(٥) الدر المختار ج ٣ ص ٢٠٧.

(٦) منير القاضي ج ٤ ص ١٦٩، شرح مجلة الأحكام العدلية.

ثالثاً: تعريف التحكيم في القانون^(١):

عُرِّف بأنه: الإتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكّمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص. وأطلق على التحكيم في نزاع معين بعد نُشوئه: مشارطة التحكيم وسموا الاتفاق مقدماً وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل خاصة بتنفيذ عقد معين على محكّمين: شرط التحكيم.

*** الموازنة بين تعريف التحكيم في الشريعة والقانون:**

تعريف شراح القانون لم يخرج عما ذكره الفقهاء المسلمين، لاشتماله على العناصر الآتية:

- ١- الاتفاق بين الخصمين على حسم النزاع بينهما بطريق التحكيم لا بطريق القضاء.
- ٢- طرفا التحكيم: والطرف الأول: الخصمان ولو تعددوا والطرف الثاني: الحكم أو هيئة التحكيم يعين باتفاق الخصمين ويحسم النزاع بينهما.
- ٣- محل التحكيم وهو فض النزاع القائم بين الخصمين.

وقد عَرَّفَ بعض الباحثين المعاصرین التحكيم^(٢) بأنه «عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حَكَماً بينهما للفصل في خصوماتهما»^(٣) بدلاً من

(١) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ قحطان الدوري ص ٢١، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، مطبعة الخلود، بغداد.

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٧.

(٣) المدخل الفقهي العام لفضيلة الأستاذ مصطفى الزرقا ج ١ ص ٥٥٥ بند ٢٨٥.

القاضي»^(١). وهذا التعريف لا يشمل جميع مراحل التحكيم بمعنى أنه لا يدل دالة عامة على التحكيم، فالتحكيم يمر بمراحل متعددة، واتفاق الخصوم على حل منازعاتهم بطريق التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء لا يلزم الحكم بنظر النزاع وأن عليه «الحكم» في العقد، بل لابد من رضائه على تعينه وتوليته، أى لابد من قبوله لإيجاب الخصوم على تعينه وهذا في ذاته يعتبر عقداً، كعقد القضاء، فالتولية تصدر من الإمام أو نائبه وهو الولي والقبول من المولى.

ولا يفوتنا هنا أن نذكر في إيجاز أهمية التحكيم، ثم مسار التحكيم على النحو التالي:

أولاً: أهمية التحكيم:

كثيراً ما يلجأ الخصوم إلى فض منازعاتهم عن طريق التحكيم^(٢) وذلك لأن للتحكيم فوائد عديدة تجل فيها على:

[١] الإسراع في فض النزاع:

لأن المحكمين يكونون عادة متفرغين للفصل في خصومة واحدة، فيتيسر لهم حسمها في وقت أقرب مما يلزم عادة للمحاكم. ولأن القضاء النظامي لا يحكم في قضية إلا إذا جاء دورها، وبعد أن تناول من التأجيلات مالا يتسع معه صدر الخصوم، وما لا يتفق مع مصلحتهم في كثير من الأحوال.

(١) الزرقا، المرجع السابق، ج١ ص ٤٥١ بند ٢٠٠، ويعرفه الدكتور عبد الحميد أبو هيف بأنه: «حق حزره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشا بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من القضاء المختص». طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية ص ٨٣٠ طبعة ١٩١٨ (التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق).

(٢) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ الدوري - الطبعة الأولى - مطبعة الخلود - بغداد ١٩٤٥هـ - ١٩٨٥ م.

[٢] الاقتصاد في المصرفات:

لأن التحكيم لا يستدعي إلا نفقاتٍ زهيدةٍ لا تذكر في جانب ما تستدعيه حالة الدعوى أمام المحاكم من نحو الرسوم القضائية، وأتعاب المحاماة، وأتعاب الخبر، ومصرفات أخرى.

[٣] تلافي الحقد بين المختصمين:

لأن حسم النزاع سيكون بعد التراضي بطيب خاطر بين الجانبين بواسطة أناس حائزين لثقتهم التامة، مما يجعل الحكم كأنه صادر من مجلس عائلي، بخلاف الحال لو أن الحكم صدر على أثر المشاحنات واحتداد العداء، واشتداد النفور، مما قد يتولد عن الخصومات المرفوعة أمام القضاء.

وقد ورد في المذكورة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصري: لم يزل التحكيم مطلوبًا ليستغني به الناس عن المحاكم: قصداً في النفقة والوقت، ورغبةً من شطط الخصومة القضائية واللدي فيها.

[٤] أن تكون طبيعة المنازعة ما يحتاج الفصل فيها إلى خبرة فنية خاصة أو إلى الإمام بالظروف المحيطة بالنزاع وبأسراه مما قد يصعب على القاضى إدراكه بسهولة^(١).

ثانيًا: مضار التحكيم:

انتقد البعض التحكيم، بأنه لا يخلو من الضرر بالمختصمين وذلك:

١- لأن الخصوم سيكلُّون الأمر إلى المحكَّمين في التصرف في حقهم على غير حد معلوم، فهو من هذه الوجهة أشد خطراً عن الصلح، لأن المصالح يكون على علم مقدماً بقيمة ما هو متنازع عنه.

(١) أصول علم القضاء (قواعد المرافعات في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية - د/ عبد الرحمن عياد ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ص ٥٥)

٢- لأنه من الوجهة العملية: من أصعب الأمور على النفس، ومن أشد العقود خطراً على المال، ومن الأنظمة التي يستغل القضاة النظامي كثيراً بسيبها، فلا تكاد تخلو حالة تحكيم من الالتجاء إلى ذلك القضاء: إما للطعن في صحة التحكيم، أو في حكم المحكمين أو بخصوص أتعابهم، وبخصوص تعيين المحكمين في الأحوال التي لم يعينهم فيها الخصوم، وفي الأحوال التي لا يُتم فيها أحد المحكمين عمله، وفي حالة اختلافهم عند عدم جعل عددهم وترام من أول الأمر، لذلك كان التحكيم سبباً في كثرة القضايا التي تعرض على المحاكم.

٣- يحرم الخصوم من الضمانات التي أحاط بها المشرع عمل القاضي في القضاء العام، والتي تكفل للخصوم حرية الدفاع.

٤- لأن المحكمين رغم ثقة الخصوم فيهم ليست لهم قدرة القضاة الناشئة عن ثقافتهم القانونية وخبرتهم التي كسبوها من ترسهم بدراسة القضايا وتحقيقها، مما يصعب معه إذعان النفوس لنتائج عمل المحكمين.

٥- نفقات التحكيم في الوقت الحاضر باهظة جداً في باب المنازعات الدولية خاصة.

٦- ولا يخلوا نظام التحكيم من أخطار ومصارٌ، إذ إن المحكمين كثيراً ما يقعون في الخطأ إذا لم تكن لهم قدرة رجال القضاء وثقافتهم القانونية وخبرتهم، لذا يشرط الفقه الإسلامي أن يكون الحكم من أهل الاجتهاد، والإِنْ حَكَمَهُ لَا يَنْفَذُ لِبَطْلَانِ تَحْكِيمِهِ^(١).

وذهب رأى في هذا الفقه أن للقاضي النظر فيما قضى به المحكم فإن كان موافقاً للحق ورأيه أَمْضَاه وإن كان لا يوافق الحق رأيه ردّه. وذهب رأى آخر إلى أنه إذا كان

(١) أصول علم القضاء. د/ عبد الرحمن عيد، المرجع السابق، ص ٥٥

قضاء الحكم مخالفًا لرأى القاضي ومذهبه فهو بالختيار إن شاء أمضاه وإن شاء رده، وهذا بخلاف ما إذا رفع إليه حكم قاضي لا يطله وإن خالف مذهبه إلا أن يخالف الكتاب والسنة والإجماع^(١).

إلا أن هذا النقد المتقدم لم يخل دون رواج الاتفاق على التحكيم، واتساع أغراضه، خصوصًا في المعاملات التجارية، سيما ما كان منها تمييزًا بطابع التخصص أو الصفة الدولية. ثم إن التحكيم في المنازعات الدولية يمثل مكانًا وسطًا بين صلابة القضاء الدولي وبين مرونة الوساطة وغيرها من طرق التسوية غير الإلزامية، لما يتميز به التحكيم من روح الاعتدال والوسطية، ومن نظره مدركة إلى مصالح الطرفين، وهذه الميزة تمكّنه من القيام بدور جليل في تسوية المنازعات الدولية.

يبدو أن هذه المضار المذكورة احتمالات لا تكاد تذكر بجانب الفوائد الجليلة التي يقدمها التحكيم.

أما كون التحكيم من الأنظمة التي يشتغل القضاء كثيرًا بسببها فلا يعني أنه ضار، لأن الأصل في رد المنازعات هو أن يكون إلى القضاء، باعتباره السلطة التي تتولاها الدولة، فتقيم بها العدالة، رضي الفرد بذلك أم لا. وإباحة المشعر تحكيم غير القاضي يعني إقرار القضاء حُكْمَ الْمَحْكُمَ إن وافق الحق وإن أبطله القاضي، فإذا أبطل حكم المحكم عادت للقضاء سلطته، لأن إقامة العدالة بين الناس الواجب الأساسي الذي تضطلع به الدولة، ولذلك فإن إقامة الحكم العدل بين المتخاصلين خفف على القضاء مؤنة النظر في تلك المنازعات، وإن لم يقم العدل نظر القاضي فيها كان الأمر معروض عليه ابتداء.

(١) روضة القضاة وطريق النجاة لأبي القاسم، تحقيق صلاح الدين القاضي، طبعة ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م، ص ٧٨.

ففي التحكيم نفع غالباً كما هو واضح. ثم إن قرار المحكمين لا ينفذ في دوائر التنفيذ، ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع، ومصادقة المحكمة لا يكون إلا بعد التدقيق في إجراءات المحكمين وفي حكمهم وعما إذا كان موافقاً لأحكام القانون. أما كون النفقات باهظة حالياً، فإن ذلك يعود إلى حجم وأهمية المسألة المعروضة على هيئة التحكيم في المنازعات الدولية، فها تراه باهظاً هو في حقيقته يسير بالنسبة إلى حجم وأهمية تلك المسألة.

وتبقى النفقات يسيرة في المنازعات الخاصة التي تعرض على القضاء في الأصل، إذا ما قيست بتعاب المحاماة والخبرة والرسوم القضائية.



المبحث الثاني

التطور التاريخي للتحكيم

كان اللجوء إلى الانتقام الفردي أو الجماعي سائداً قبل الإسلام إلا أن نظام التحكيم عرف عند العرب وغير العرب، إذ يعتبر ذلك مرحلةً راقيةً وصلت إليها الجماعات البشرية.

وتحدثنا المصادر عن (قاضي السوق) الذي كان يجلس في سوق عكاظ فإن حكم هذا القاضي لا يعدو أن يكون محكماً اختارته جماعة السوق ليحكم بينهم في أمور محددة، وفي موسم معين ثم تنتهي مهمته. وكذلك تبين هذه المصادر أن بنى سهم في مكة كانوا أصحاب حكومة، ولكن هذه الحكومة لم تكن منصباً وإنما كانت لقباً أطلق على بنى سهم لكثرة المحكمين منهم. وكان الناس في الجاهلية يخنکمون إلى شيخ القبيلة في منازعاتهم وخلافاتهم ويلجأون إليه بوصفه رمزاً للسلطة والحكم.

وكان الناس أيضاً يلجأون للعراف والكافر للاستشارة في الأمور الغيبية، فالكهانة والعرافة هي مطالعة الغيب، والإخبار بالحوادث الماضية والآتية، وقد يختص بعض العلماء الكافر بعلم المستقبل والعراف بعلم الماضي .. وكانوا يزعمون أن لهم أتباعاً من الجن يسترِّقُون السمع ويأتونهم بالأخبار، فاشتد اعتقاد العرب في الجاهلية فيهم، وكثير التجاؤهم إليهم يستشرونهم في المعضلات من الخصومات.

ولم يكن التحكيم ملزماً للمحْكَم، فإن شاء قبل أن يقوم بهذه المهمة وإن شاء أبى، وليس لأحد حق أن يجبره على هذه المهمة، وكان لابد من اتفاق الطرفين للحضور أمام المحكم وليس لأحدهما الحق في إجبار الآخر على المخاصمة والحضور أمام المحكم ولا

عبرة للتحكيم إلا إذا رضي به الخصمان كلاهما وحضر كلّ منها باختياره إلى المُحْكَم^(١). يُعتبر التحكيم أعلى مراحل التطور الذي وصلت إليه الجماعات الفطرية، وقد استقرت فكرة التحكيم في أذهان الناس وألفوا الاتجاه إليها، حتى أصبحت عادةً أصلية في نفوسهم. ومع ذلك كان الاتجاه إلى التحكيم اختيارياً، وتنفيذ الحكم الصادر متزوك أمره إلى المتنازعين^(٢).

لم يكن للحكام قانون مدون في العصر الجاهلي: لم يكن الحكام الذين كان يقصدهم الناس للفصل في قضاياهم يحكمون بقانون مُدوّن، وإنما يرجعون إلى عرفهم وتقاليدهم وخبراتهم وتجاربهم أحياناً.

ولكنَّ الحُكْمَ فيهم يجري أحياناً بتوجيه من الغريزة والفطرة يرتكبون نظاماً يتفق مع مفاهيمهم الساذجة فيصير بمرور السنين عرفاً لا يستطيع تغييره أحد. وكان لكل قبيلة عرفاً وتقاليد خاصة قد تختلف ما للقبائل الأخرى من أعراف وتقالييد وقد تتفق معها في كثير أو قليل^(٣).

وأشار الأستاذ أَحْمَد أَمِينَ في كتابه (فجر الإسلام ونظم الحكم في العصر الجاهلي) إلى أنه لم يصل لأهل الحجاز من العالم المتحضر إلا آثار من اليهودية والنصرانية وقليل من الحكمة والفلسفة عن طريق غير معبد. ومع أنهم لم يرثوا مدنية أو علمًا عن أمم حكموهم وتعاقبوا عليهم فقد أورثهم استقلالهم آنفَهُ وعزَّة، واعتدادًا بالنفس،

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية: د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٤، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة رشاد ص ١٩، ١٨، القضاء في الإسلام، د/ محمد رافت عثمان ص ١٦.

(٢) مبادئ تاريخ القانون، د/ صروف أبو طالب ص ٧٩، طبعة ١٩٥٧، مكتبة النهضة المصرية.

(٣) القضاء في الإسلام، د/ محمد رافت عثمان، المرجع السابق ص ١٨، التاريخ الإسلامي والحضارة الإسلامية، أحد شبلي ج ١ ص ٤٤، عزة رشاد قطورة، المرجع السابق ص ١٩.

وحرية، وجاوزت الحد حتى لقد حاولوا أن يكونوا ملوّكاً أجمعين^(١). وعلى ضوء ما تقدم، كان التحكيم والالتجاء إليه اختيارياً، وتنفيذ الحكم الصادر متوكلاً أمّة إلى المتنازعين^(٢).

وستتناول هذا البحث من خلال مطلبين على النحو التالي:

- المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السابقة.
- المطلب الثاني: التحكيم عند العرب قبل الإسلام.



«المطلب الأول»

«التحكيم عند غير العرب قبل الإسلام»

(الأمم السابقة)

عَرَفَتِ الدول الأوروبية قديماً في اليونان وروما، والدول الشرقية في بابل وآشور نظام التحكيم سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي على النحو التالي^(٣):

-أولاً: التحكيم عند الإغريق:

عَرَفَ قدماء الإغريق التحكيم، فكان يفصل في المنازعات بين دولات المدن اليونانية مجلس دائم للتحكيم «الأمفيفكتيوني»، وكان التحكيم الوسيلة التي تُفضّل بموجهاً المنازعات في المراحل الأولى من الحضارة في العراق القديم، فكان أكبر الأعضاء سِنًا من المشتركين يقوم بالتحكيم.

(١) فجر الإسلام، أحمد أمين ص ٢١١.

(٢) مبادئ تاريخ القانون، د/ صوفى أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧٩ طبعة ١٩٥٧م، مكتبة النهضة المصرية.

(٣) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٥.

ولم تكن عملية التحكيم قد شكلت عملاً مستقلاً عن المجتمع، وإنما كانت تتم في سياق الوظيفة العامة للمجتمع، والعقوبة التي تترتب عليها تتم باسم المجتمع أيضاً. وأصبح تحكيم المحكمين الذين يلجأ إليهم المتقاضيون لفض النزاع بينهم، من السوابق القضائية التي صارت مصدراً مهماً للقانون المدون فيما بعد^(١).

كما عَرَفَ اليونان التحكيم على نطاق واسع في العلاقات الداخلية والخارجية على السواء، ففي مجال العلاقات الداخلية، المدنية منها والتجارية. كان يلزم كل مواطن من مواطني أثينا تسجيل إسمه في قوائم المحكمين للقيام بهذه المهمة، نظراً لازدياد العبء على المحاكم الشعبية، ومن يخالف عن هذا الواجب يحرم من بعض الحقوق. وكانت مهمة المحكم الإصلاح بين الخصمين، فإن أخفق أصدر قراره مشفوعاً بقسم، قابلاً للاستئناف أمام المحاكم الشعبية، إذ إنَّ هذه الأخيرة عندما يعرض عليها النزاع تُحيله إلى هيئة المحكمين للإصلاح بين المتقاضيين، فإن تم ذلك فِيهَا ونعت، وإلا رُفعَ الأمر ثانية إلى المحاكم الشعبية^(٢).

وفي مجال العلاقات الخارجية، فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات التي تقوم بين المدن اليونانية، سواء فيما يتعلق بالمسائل المدنية والتجارية أو تلك المتعلقة بالحدود، وعرفوا معاهدات التحكيم الدائمة بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة^(٣).

(١) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ الدورى، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٢) د/ فخرى أبو سيف مبروك، مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة، العدد الأول يناير ١٩٧٤ ص ١٠٣، ١٠٤ . د/ إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٣) إبراهيم العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، ص ١٢؛ د/ عبد الحسين القطيفي، التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية، بغداد، العدد الأول، سنة ١٩٦٩، ٣٢، ص ٣٢.

ـ ثانياً: التحكيم عند الرومان:

اقتصر القانون الروماني على التحكيم في القانون الخاص، أما التحكيم الدولي فلم يعرفوه، لأنهم أنكروا المساواة بين الدول^(١).

ولكن كان الملك في روما قبل إنشاء الجمهورية يتولى بمعاونة الكهنة تحديد العقوبات، وتوقيعها على مرتكبيها، والتي قد تصل إلى حد الموت أحياناً، أما المسائل المدنية فعلى ما يبدو أن الأمر كان متروكاً للتحكيم الخاص، ثم أنشئت وظيفة خاصة، يتولاها حاكم يسمى «البريتور»، وذلك نتيجة لكثرة الأعباء الملقاة على عاتق الملك، ويقتصر دور البريتور على سماع ادعاءات الخصوم، وتسجيلاً ثم يرفع النزاع برمته إلى المحكم الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعهم^(٢).

ثم أنشئ بريتور الأجانب بعد أن اعترف لهم ببعض الحقوق، إذ إنَّ الأجنبي قبل الاعتراف له ببعض الحقوق يعتبر عدواً يباح قتله وسلبه واسترقاقه، ولا يملك التقاضي ولا المخاصمة، إذ إنَّ ذلك كان حَقَّاً مقصوراً على الوطنيين دون الأجانب.

ويتولى بريتور الأجانب سماع ادعاءات الخصوم، ثم يرفع النزاع إلى هيئة التحكيم^(٣)، ولم يكن لقرارات التحكيم أية سلطة أو قوة تنفيذية، ولم يعدو قرار المحكم عن كونه فكرةً أو إقتراحًا، وليس له صفة الحكم، وكل ما يترتب على عدم تنفيذه إختبارياً هو ملاحقة المتنع عن تنفيذ قرار التحكيم بدعوى لدفع غرامة أو عقوبة مالية بمقتضى شرط في اتفاق التحكيم^(٤).

(١) دور التحكيم في فض المنازعات الدولية ص ٤، د/ الدوزي، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والوضعى ص ٣٦.

(٢) مبادئ القانون الروماني، د/ محمد عبد المنعم بدر (رحمه الله عليه) والدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٢٤، ٢٠.

(٣) تاريخ القانون المصري، للدكتور محمود السقا ص ٢٥٤، ٣٧٠.

(٤) الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، د/ أبو زيد رضوان (رحمه الله عليه)، ص ٤.

- ثالثاً: التحكيم عند البابليين والأشوريين:

وكمما كان نظام التحكيم معروفاً في الدول الأوروبية قديماً^(١)، كان معروفاً في الدول الشرقية عند البابليين والأشوريين، فكان فصل الخصومات في آشور يعتمد على الكهنة وتحكيم الآلهة، وعُثِر في القرن الحالي على لوح حجري كتب عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح أُبِرِمَتْ في القرن الحادى والثلاثين قبل الميلاد - أى منذ خمسة آلاف سنة - بين دولتى مدينة «لخش» ومدينة «أوما» السومريتين في جنوب العراق، ونصت تلك المعاهدة على احترام خندق الحدود بين الطرفين، وعلى شرط التحكيم لفضّل أى نزاع ينشأ بينهما بشأن الحدود^(٢).

- رابعاً: التحكيم عند قدماء المصريين:

كان الملك عند قدماء المصريين يمارس عمل القاضى، وإن كان لا يباشر القضاة بنفسه إلا في حالات نادرة، إذ كان خصصاً للفصل في الخصومات بين الأفراد، موظفون من الكهنة، يتلقون التشريع من المعابد، ثم عين لمحاكم الأقاليم قضاة بالإنتخاب، ثم انفرد أمراء الأقاليم في عهد الأسرة السادسة بالسلطة عن الملك، وأصبح أمير الإقليم هو القاضى، يفصل في الخصومات بحكم نهائى لا يقبل الطعن فيه، ومع هذا فقد كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفضّل ما ينشأ فيها بينهم من منازعات، واتفاق التحكيم هو الذي يحدد أعضاء هيئة التحكيم، والإجراءات المتبعة أمامها، والجزاء الذي يوقع، وحكم هيئة التحكيم نهائى وقابل للتنفيذ دون حاجة إلى

(١) د/ إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢) د/ شعيب أحد سليمان - التحكيم في منازعات الخطة الاقتصادية العامة ص ١٤، د/ القطيفى، المرجع السابق، ص ٣٢.

عرضه على القضاء، والتحكيم على هذا النحو يسمى بالقضاء الخاص^(١).



» المطلب الثاني «

» التحكيم عند العرب قبل الإسلام «

Sad النظام القبلي في عصر ما قبل الإسلام بعاداته وتقاليده. وكان للقبائل محكمتها الذين عرّفوا برجاحة العقل وسعة الإدراك والعدل والابتعاد عن الدنيا والصدق في إعطاء الأحكام.

ولم تكن لهم سلطة تشريعية تُسْنِن القوانين لهم، فالحاكم أو الحكم لم يكن عمله رسمياً من أعمال الحكومة كما هو معروف عندنا، وإنما كان القضاء أمراً يعود إلى الناس، إن شاءوا رجعوا إلى عقلاء القبيلة لفض النزاع، وإن شاءوا اختاروا حكماً يرتكضونه ليقضي بينهم.

ولم يكن الحكم من رؤساء القبيلة بالضرورة، وإنما هو من الذين يرثوا في مجتمعاتهم بالفهم والعرفة لطابع القوم وأعرافهم.

وكانت العرب تعيش حياة قبلية تعتمد على التقلل والترحال جريراً وراء أسباب الحياة المادية، مما كان له الأثر الواضح على حياتهم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، إذ كانت العرب منقسمة إلى قبائل، وتنقسم القبائل إلى بطون وأفخاذ وعشائر، على رأس كل قبيلة رجل يدعى شيخ القبيلة أو سيدها، يُسُوسُ أمورها الداخلية بين أفرادها، وأمورها الخارجية مع غيرها من القبائل الأخرى^(٢).

(١) حكم الإسلام في القضاء الشعبي، د/ فؤاد عبد المنعم ص ١٨، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢) عقد التحكيم، د/ الدورى، المرجع السابق، ص ٣٨، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٧، ٢٨.

وحكم شيخ القبيلة ينفذ على أفراد قبيلته، إما ل مكانه بينهم أو خوفاً من سطوهه وبطشه، إذا ما كان صاحب عصبية قوية، بل أحياناً يمتد سلطانه إلى غير قبيلته، فلقد كان زهير بن جذيمة الملك العبسى يتغاضى الإتاوة من هوازن^(١).

ويتولى منصب شيخ القبيلة، أثبّل أفرادها وأشرفهم نسباً، ومن اتصفوا بالنجدة والشجاعة والصبر والحمل والتواضع، وأقواهم عصبية، وأشدّهم بطشاً، وكثيراً ما كانت هذه الخصال موضع تفاخر وتنافر بين رجالات القبيلة في تولية رياستها، حال موت سيدها إن لم يكن له ولد يستحق رياستها بالوراثة^(٢).

□ صور التحكيم في الجاهلية:

تعددت صور التحكيم عند العرب في الجاهلية بالنظر إلى شخص المحكم إليه، فقد يكون رئيس القبيلة أو العشيرة وقد يكون الاحتكام إلى حكام عُرِفُوا بأصالة الرأي، وسعة المدارك، والصدق، والعدل في الحكم، أو إلى الكهنة، أو إلى النار، أو إلى الأزلام.

□ حكام العرب في الجاهلية:

وفي ذلك يقول د/ إسماعيل الأسطل في كتابه (التحكيم في الشريعة الإسلامية): «كان للعرب في الجاهلية حكام يلجأون إليهم لفض منازعاتهم، من اتصفوا بأصالة الرأي، وسعة المدارك، ورجاحة العقل، ويقظة الضمير، ومن لهم علم بأعراف القوم وتقاليدهم^(٣)، كأكثم بن صيفي بن رباح، إذ كان يقول لقومه، وقد طعن به السن إذا رأيتم مني حسناً فاقبلوه، وإن رأيتم غير ذلك فقوموني أشتَّقْم، ولما بلغه بعثة محمد ﷺ

(١) تاريخ الجنس العربي ج٥ ص ١٥٢.

(٢) آثار الحرب، د/ وهب الزحيلي ص ٤٢، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، د/ جساد على ج٤ ص ٢٤، معاشرات في تاريخ الأمم لفضيلة الشيخ الخضرى بك، ج١ ص ٢٢، ٢٣.

(٣) تاريخ اليعقوبي ج١ ص ٢٥٨، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها.

دعا قومه إلى الإسلام^(١)، وكعامر بن الظرب العدواني، فلم تكن بين العرب نائرة^(أ) (أى عداوة وشحناء) إلا تحاكموا إليه^(٢).

وكحاجب بن زراره بن عدس التميمي، وهاشم بن عبد مناف القرشى وعبد المطلب بن هاشم القرشى جد الرسول ﷺ وأبو طالب ابن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف عم الرسول ﷺ^(٣).

ولقد تحاكمت قريش وخزاعة إلى يعمر بن عوف في ولاية البيت^(٤). وتحاكمت قريش إلى رسول الله ﷺ قبل بعثته، عندما تنازعـت الشرف في وضع الحجز الأسود في مكانه عند إعادة بناء الكعبة^(٥).

ومنصب الفصل في الخصومات لم يكن قصراً على الرجال دون النساء في الجاهلية، بل كانت هناك نساء حكيمات من اتصفـنـ بـإيـاصـةـ الـحـكـمـ، وـفـصـلـ الـخـصـومـاتـ، كـهـنـدـ بـنـتـ الـحـسـنـ الـأـيـادـيـ، وـجـمـعـةـ بـنـتـ حـابـسـ الـأـيـادـيـ، وـصـخـرـ بـنـتـ نـعـمـانـ، فـكـانـتـ الـعـرـبـ تـحـاـكـمـ عـنـدـهـاـ فـيـهاـ يـنـوـهـمـ مـنـ مـشـاجـرـاتـ فـيـ الـأـنـسـابـ وـغـيـرـهـاـ، وـخـصـيـلـةـ بـنـتـ عـامـرـ اـبـنـ الـظـربـ الـعـدـوـانـيـ وـحـزـامـ بـنـ الـرـيـانـ، وـغـيـرـهـنـ^(٦).

ويحدثنا التاريخ بالشـيـعـةـ الـكـثـيرـ عـنـ كـانـ عـلـيـهـ الـعـرـبـ مـنـ الـفـوـضـيـ وـالـاضـطـرـابـ وـماـ شـاعـ بـيـنـهـمـ مـنـ قـبـيـحـ الـعـادـاتـ وـالـأـحـكـامـ.

وـمـنـ أـحـكـامـهـمـ الـتـيـ تـدـلـ عـلـىـ ذـلـكـ أـيـضـاـ أـنـ الـمـدـيـنـ إـذـاـ عـجـزـ عـنـ أـدـاءـ مـاـ عـلـيـهـ كـانـ

(١) بلوغ الإرب، جـ١، صـ٣٠٨.

(٢) سيرة ابن كثير، جـ١، صـ١٣٤.

(٣) بلوغ الإرب جـ١ صـ٣٠٨.

(٤) سيرة ابن هشام جـ١ صـ١٣٦، دـ/ـ الأـسـطـلـ، التـحـكـيمـ فـيـ الشـرـيـعـةـ الـإـسـلـامـيـةـ، صـ٣٠.

(٥) سيرة ابن هشام جـ١ صـ٢١٤.

(٦) المفصل في تاريخ العرب جـ٥ صـ٦٣٨، بلوغ الإرب للألوسي.

للدائن أن يسترقه في نظير دينه وجاء الإسلام وحرّم ذلك^(١).

ويقول ابن خلدون في مقدمته^(٢): (ليس عندهم من أخذ الأموال حدّ يتنهون إليه وليس لهم عنابة بالأحكام وجزر الناس عن المفاسد وإنما همهم ما يأخذونه من أموال نهباً أو مغراً، فإذا توصلوا إلى ذلك أعرضوا عما بعده من تسديد أموالهم، والنظر في مصالحهم وهم متنافسون في الرياسة، وقل أن يُسلِّمَ واحد منهم الأمر لغيره ولو كان أباً أو أخيه أو كبير عشيرته إلا في الأقل النادر، فتعدد الحكام منهم والأمراء، واختلاف الأيدي على الرعية في الجباية والأحكام فيفسد العمران).

□ الاحتكام إلى الكهنة:

وفي ذلك يقول أيضاً الأستاذ الدكتور/ إسماعيل الأسطل في مرجعه المشار إليه «التحكيم في الشريعة الإسلامية»^(٣):

إلى جانب حكام العرب، كانت تشد الرجال إلى الكهنة^(٤)، طلباً لتحكيمهم فيما يقع بينهم من منازعات، اعتقاداً منهم بأن الكاهن يستطيع بما يعلمه من الغيب أن يعلم الظالم من المظلوم وصاحب الحق من غيره.

فلقد تحاكم عبد المطلب جد النبي ﷺ وقريشى عندما نازعته في تجديد حفر بئر زمزم، إلى كاهنة بنى سعد بأشراف الشام^(٥). وحاكم قريشًا، كذلك عندما حاولت منعه من

(١) مدخل الفقه الإسلامي، الأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص٤٦، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية - عزة رشاد قطورة ص ٢١.

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص٤٧، مقدمة ابن خلدون ص ١٢٦.

(٣) د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها.

(٤) الكاهن: هو الذي يخبر عن الكوازن في مستقبل الزمان، ويدعى معرفة الأسرار ومطالعة علم الغيب - تعريفات الجرجاني ص ١٦٠.

(٥) الروض الأنور للسهيل ج ١ ص ١٤٨، سيرة ابن هشام ج ١ ص ١٦٦، ١٦٧.

تنفيذ نذر بذبح ابنه عبد الله والد النبي ﷺ إلى عرافة بالحجاز^(١).

□ الاحتكام إلى النار:

وقال الدكتور الأسطل في كتابه «التحكيم في الشريعة الإسلامية»:

«عرفت العرب وسيلة الاحتكام إلى النار فيما ينشأ بينهم من منازعات اعتقاداً منهم أن الظالم تأكله النار، وأن البريء لا تمسه بسوء، ولقد ذكر ابن إسحاق عن أبي مالك بن ثعلبة بن مالك القرطبي، أنه سمع إبراهيم بن محمد بن طلحة بن عبد الله يحدث: أن **تَبَعَّدا** لما دنا من اليمن ليدخلها حالت **جُهْرٌ** بينه وبين ذلك وقالوا له لا تدخلها علينا وقد فارقت ديننا، فدعاهم إلى دينه وقال: إنه خير من دينكم، فقالوا: حاكِمًا إلى النار، قال نعم وكانت باليمن فيها يزعم أهل اليمن نار تأكل الظالم ولا تضر المظلوم، فلما خرج قومه إلى النار بأوثانهم وما يتقربون به، أقبلت النار نحوهم حتى غشيتهم فأكلت الأوثان، ومن حل ذلك من الرجال، وخرج الحيران، يتصلقون على أنفاسها في أنفاسها، تقطر جياثهم، لم تضرهم، فأصفقت^(٢) عند ذلك **جُهْرٌ** على دينه^(٣)».

وتجدر بالذكر أن الاحتكام إلى النار لا يزال معروفاً إلى يومنا هذا عند العرب في شهال سيناء، حيث يأخذون المقلة فيحمون عليها في النار حتى إذا اشتد الحرارها،

(١) وكان قد نذر جد النبي ﷺ عبد المطلب لعن ولده عشرة نفر لينحرن أحدهم الله عند الكعبة، فلما ترافق بنوه عشرة، وبلغوا معه أشدتهم، جعلهم وأبنائهم بنذر، ودعاهم للوفاء لله بذلك، وذهب إلى قداح هيل بالكعبة ليحتمل إليها في تحديد من سيقع عليه النذر، وخرجت على عبد الله والد النبي ﷺ، فلما أراد أن يوغي نذره حالت بينه وبين ذلك قريش حتى لا يكون ذلك سنة تتبع بعده، واختصموا إلى عرافة بالحجاز فقضت أن يفدي بالإبل بأن توضع في جانب والإبل في جانب ويقع بينهما، فإذا خرجت على عبد الله يزداد في الإبل حتى تخرج القرعة عليها، فلما بلغت المائة خرجت القرعة عليها ثم نحرها، الروض الأنور ج ١ ص ١٧٨، سيرة ابن هشام ج ١ ص ١٦٥ وما بعدها، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) أصفقت على دينه، أي أجهعت عليه بأن اعتنقته ورجعت عنها كانت عليه من عبادة الأوثان.

(٣) سيرة ابن هشام، ج ١ ص ٢٣.

يدعى المتهم بحضور جمع من الناس لسماعه بلسانه، فإن تردد أو أكلته فعلية الحق، وإن لم تضره فقد بري ما نسب إليه^(١).

□ الاحتكام إلى الأذlam^(٢) :

وفي ذلك أيضاً قال الدكتور الأسطل في مرجعه السابق:

«الاحتكام إلى الأذlam وسيلة معروفة لدى العرب في الجاهلية في ظعنهم وإقامتهم، وتجارتهم ومناكحاتهم، وفُضّل خصوماتهم، إذ كان بالكعبة صنم كبير يدعى هبل، وبجواره أذlam موسومة، يفعل أو لا تفعل، وأمرني أو انهاني ربي، وبنعم أولاً، وبإخرج أو لا تخرج، ويبنكم أو من غيركم، فإن وقع النزاع في أمر لجأوا إلى أمين الأذlam فيحيل القدح الموسومة فما خرج منها أخذوا به. فإذا ما وقع نزاع في نسب أحدهم مثلاً، استقسم^(٣) أمين الأذlam الموسومة بـ (منكم، ومن غيركم وملصن) فإذا ظهر منكم، أعزوا ذلك الرجل الذي اشتبهوا في نسبه، وتنازعوا في أمره، واحترمه غاية الاحترام، وإذا ظهر (من غيركم) نفروا منه واجتنبواه، وإن ظهر (ملصن) يبقى الرجل مجهول النسب على ما كان من قبل عندهم^(٤)».

ولقد حرمَ الحق بِكَلَّتْ هذه الوسيلة كغيرها من الوسائل الأخرى، لما فيها من الإشراك بالله والحكم بغير ما أنزل الله فقال جل شأنه: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ مَاءَمُوا إِنَّا لَنَفْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَذْلَمُ يَرْجِسُ مَنْ عَمِلَ الشَّيْطَانُ فَاجْتَنَبُهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [٩٠].

(١) مقدمة القانون، د/ أحد صنفوت، ص ٣٧٨، الطبعة الثانية ١٩٢٤، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٢) الأذlam: جمع زلم - بفتح الزاي وضمها مع فتح اللام - وهي القدح الذي لا ريش عليه، والزلم والسم والقدح متداولة المعنى، تدل كلها على قطعة من غصن مسوأه مشذبة، الموسوعة الفقهية ج ٣ ص ١٣٨. د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٣) استقسم بالأذlam: أي طلب علم ما قسم لهم أو لم يقسم بالأذlam.

(٤) تفسير الطبرى ج ٦ ص ٧٧، بلوغ الإرب للألوسي ج ٣ ص ٦٦، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٣٢.

الرسول مُعَذَّبٌ مُكْمَلٌ قبل نبوته

والثابت: أن رسول الله ﷺ كان يحکم إليه الناس قبل الإسلام.

روى عن الربيع بن جعفر أنه قال:

كان يُحاكم إلى رسول الله ﷺ في الجاهلية قبل الإسلام^(١)، وقد احکم العرب إليه في وضع الحجر الأسود عند بناء الكعبة فانتهى بحکمه النزاع.

فالثابت تاريخياً أنه: لما بلغ رسول الله ﷺ خمساً وثلاثين سنة، اجتمعت قريش لبنيان الكعبة، وكانوا يهمون بذلك ليسقووها، ويهارون هدمها، وإنما كان رضيًّا فوق القامة، فأرادوا رفعها وتسقيفها، وذلك أن نفراً سرقوا كنزَ الكعبة.

فقال الوليد بن المغيرة: أنا أبدؤكم في هدمها، فأخذ المول، ثم قام عليها، وهو يقول: اللهم لم تُرْغِ - قال ابن هشام: ويقال: لم تُرْغِ - اللهم إنا لا نريد إلا الخير، ثم هدم من ناحية الركين .. ثم إن القبائل من قريش جمعت الحجارة لبنيتها، كل قبيلة تجتمع على حده، ثم بنوها، حتى بلغ البنيان موضع الركن، فاختصموا فيه، كل قبيلة تريد أن ترفعه إلى موضعه دون الأخرى، حتى تناوروا وتحالفوا، وأعدوا للقتال. فقربت بنو عبد الدار جفنة ملوءة دمًا، ثم تعاقدوا هم وبين عدى ابن كعب بن لؤي على الموت، وأدخلوا أيديهم في ذلك الدم، في تلك الجفنة، فسمُّوا لعنةَ الدم.

فمكثت قريش أربع ليالٍ أو خمساً، ثم إنهم اجتمعوا في المسجد، وتشاوروا وتناصفوا. فرغم بعض أهل الرواية: أن أبا أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر ابن مخزوم، وكان عاميًّاً أَسَنَ قريش كلها، قال: يا معاشر قريش أجعلوا بينكم فيما تختلفون فيه أول من يدخل من باب هذا المسجد يقضي بينكم فيه، ففعلوا.

(١) الشفا - بشرح نسيم الرياضي ج ٢ ص ١٠٧، طبقات ابن سعد ج ١ ص ١٥٧ دار صادر، عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٤٦.

فكان أول داخل عليهم رسول الله ﷺ فلما رأوه قالوا: هذا الأمين، رضينا، هذا محمد. فلما انتهى إليهم، وأخبروه الخبر، قال ﷺ: هَلْمَ إِلَى ثُوبًا، فأتى به، فأخذ الركن فوضعه فيه بيده، ثم قال: لتأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب، ثم ارفعوه جميعاً، ففعلوا، حتى إذا بلغوا به موضعه، وضعه هو بيده، ثم بنى عليه^(١).

□ عمر بن الخطاب حَكَمَ قَبْلَ إِسْلَامِهِ:

وكان عمر بن الخطاب يقضى قبل الإسلام بين الناس:

- قال رياح بن الحارث:

كان عمر بن الخطاب يقضى فيها سَبَّتَ العرب بعضها من بعض قبل الإسلام وقبل أن يبعث النبي ﷺ^(٢).

وَمُحَدِّثُنا المصادر عن (قاضي السوق) الذي كان يجلس في سوق عكاظ، ولا يعدو أن يكون حَكَمَ اختراته جماعة السوق ليحكم بينهم في أمور محددة وموسم معين ثم تنتهي مهمته.

- كما أنه لم يكن للحكام قانون مدون في العصر الجاهلي:

لم يكن الحكام الذين كان يقصدهم الناس للفصل في قضاياهم يحكمون بقانون مدون، وإنما يرجعون إلى عرفهم وتقاليدهم وخبراتهم وتجاربهم أحياناً.

وكان الحكم فيهم يجري أحياناً بتوجيه من الغريرة والفطرة يرتكضون نظاماً يتفق مع مفاهيمهم الساذجة فيصير بمرور السنين عرفاً لا يستطيع فرد أن يغيره.

وقد كان لكل قبيلة عرف وتقاليد خاصة قد تختلف ما للقبائل الأخرى من أعراف

(١) سيرة ابن هشام ج١ ص ٢٢١ - ٢٢٨.

(٢) طبقات بن سعد ج٦ ص ١٥٣.

وتقالييد وقد تتفق معها في كثير أو قليل^(١).

وقد أشار الأستاذ أحمد أمين في كتابه «فجر الإسلام ونظم الحكم في العصر الجاهلي» إلى أنه لم يصل لأهل الحجاز من العالم المتحضر إلا آثار من اليهودية والنصرانية وقليل من الحكمة والفلسفة عن طريق غير معبد.

ومع أنهم يرثوا مدنية وعلمة عن أمم حكموهم وتعاقبوا عليهم فقد أورثهم استقلالهم أنفة وعزوة واعتداداً بالنفس وحرية جاوزت الحد حتى لقد حاولوا أن يكونوا ملوكاً أجمعين^(٢).

ومع ذلك كان عندهم شئ من الإمام ببعض الضوابط الفقهية التي يفصلون بها خصوصياتهم كقوتهم في القصاص: القتل أنفه للقتل والدية على العاقلة، ونظام القسامه، غير أن تطبيق هذه المبادئ كان يلتوي حيناً ويلغى حيناً آخر فيندفع أولياء القتيل من طريق معوج وهو الأخذ بالثار الذي لا يقف عند حد، ويرجع ذلك إلى أنهم لم يكن عندهم سلطة عليا تشرف على التنفيذ وإن القضاء لم يكن ملزماً في ذلك الوقت.

وقد كانت لهم مع تلك العلوم معاملات مالية وغير مالية تعاملوا بها بحكم الحاجة إليها ساروا فيها على ضوء ما بقى عندهم من شريعة إبراهيم وولده إسماعيل عليهما السلام، وما نقل إليهم من الشريعة الموسوية التي دخلت بلادهم مع جماعة اليهود الذين رحلوا إليها من الشام بسبب الاضطهاد وما عرفوه من أنظمة الدول المجاورة كالفرس والروم بواسطة الاتصال الذي كان يتم عن طريق التجارة والرحلات.

ـ وقد أدخلت هذه المعاملات مفاسد كثيرة حتى كاد يضيع أساسها السليم، فهناك

(١) القضاء في الإسلام، د/ محمد رافت عثمان، ص ١٨، التاريخ الإسلامي والحضارة الإسلامية، أحمد شلبي ج ١ ص ٤٤.

(٢) فجر الإسلام، الأستاذ أحمد أمين ص ٢١.

بجانب البيع عن تراضٍ من المتابعين البيع بإلقاء الحصاة وبيع الملامسة والمنابذة وبيع الغرر والربا.

وكانت لهم أحكام فاسدة في الزواج ... كزواج الأخدان (وهو أن يشترك جمٌ من الرجال في الزواج من امرأة واحدة) وزواج المقت (وهو أن يرث الابن الأكبر زوجة أبيه بعد موته فيتزوجها شاءت أم أبٍ).

وهكذا في بقية ما تعاملوا به من أحكام الإجازة وشركات المضاربة والرهن وغيرها^{٤٣}. ومن هذا السرد التاريخي .. نرى أن العرب كان لهم بقايا دين لكنه دين لهم وشرك، ولهم قانون ولكنه في نطاق ضيق غير أنه لم تكن هناك سلطة عليا تشرف على تنظيمه وتطبيقه .

فالعربي مركوز في طبيعته حب السلطان والرياسة، وقلما يخضع لسلطان غيره إلا تحت تأثير القوة القاهرة أو الواقع الديني ولو كان ذلك الغير أباً أو أخيه أو أقرب الناس إليه.

وتألّف ما تقدم إلى أن التحكيم عند العرب وغير العرب قبلبعثة ﷺ كان معروفاً لدى المجتمعات القديمة، بل وكان شريعة عامة وعرفاً سائداً عند العرب قبل الإسلام، إلا أن اللجوء إليه كان اختيارياً، وذلك لعدم وجود السلطة العامة التي تلزم الأفراد به، وحكم المحكم كان ينفذ اختيارياً ولا سبيل لجبر المختصين بتنفيذها، إلا إذا التزموا ونفذوا طوعاً، فإذا امتنع المحكوم عليه من تفزيذ الحكم طوعاً لم يكن هناك من سبيل لجبره بتنفيذها، وكان ذلك يؤدى إلى الاقتتال بين أفراد القبيلة أو بين القبائل وبعضها البعض.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

(٤٣) مدخل الفقه الإسلامي، د/ مصطفى شلبي ص ٤٢، ٤٣. التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة رشاد، ص ٢١، ٢٠، المرجع السابق.

رفع

عن الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْمُنْتَهَى إِلَيْهِ الرُّزُقُ كَمَسَ

www.moswarat.com

الْبَابُ الْأَوَّلُ

اللَّهُكَيْمُ فِي الْإِسْلَامِ
مَبْرُوْرٌ مَشْرُفٌ عَلَيْهِ

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْبَخْرَيِّ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْفَرْوَانِ

www.moswarat.com

الباب الأول

التحكيم في الإسلام ومدى مشروعه عليه

وبعد أن أوضحنا في الفصل التمهيدي تعريف التحكيم لغةً واصطلاحاً. ثم تناولنا التطور التاريخي للتحكيم عند الأمم السابقة وعند العرب قبل الإسلام، .. نفرد لهذا الباب مفهوم التحكيم في الإسلام من حيث مدى مشروعية التحكيم ثم التحكيم في عصر النبي ﷺ، وأخيراً التحكيم في عصر الخلافة الراشدة. وعليه سنتقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو التالي:

- ➡ الفصل الأول: مدى مشروعية التحكيم في الإسلام.
- ➡ الفصل الثاني: التحكيم في عصر النبي ﷺ.
- ➡ الفصل الثالث: التحكيم في عصر الخلافة الراشدة .

* * *

الفصل الأول

﴿التحكيم في الإسلام ومدى مشروعيته﴾

- تمهيد وتقسيم:

بعد أن تناولنا في الفصل التمهيدى المعنى اللغوى والاصطلاхى للتحكيم والجوانب التاريخية له قبل بعثته ﷺ، تناول في هذا الفصل إقامة الدليل على مشروعية، ثم حكمه الشرعي والحكمة التي قصدها الشارع من تشرع هذه القاعدة وعليه سنقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مشروعية التحكيم بالكتاب الكريم.

المبحث الثاني: مشروعية التحكيم بالسنة.

المبحث الثالث: مشروعية التحكيم بالإجماع وعمل الصحابة.

المبحث الرابع: حكم التحكيم وحكمه مشروعية.



المبحث الأول

مشروعية التحكيم بالكتاب الكريم

الشريعة هي جملة الأحكام المشرعة، فإن كان مصدرها السماء بأن تنزل بها الوحي سُميت شريعة سماوية وإن كانت تشرعات بشرية سُميت شريعة وضعية .. وفي كل لا توجد هذه أو تلك إلا حيث يوجد المجتمع البشري .. وهذا المجتمع يلزمها قوانين تنظم العلاقات القاسمة بينه.

ومن هنا جعل الله ﷺ الشرع الإلهي منهاجاً وحكماً للمسلمين لتنستقيم حياتهم وشئونهم ويسود الأمن والعدل والحق فيما بينهم.

قال ﷺ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ إِمَّا أَرَنَكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْحَائِبِينَ حَصِيمًا﴾ [النساء: ١٠٥].

وقال ﷺ في كتابه العزيز: ﴿وَإِنْ خَفَتْ شِقَاقٌ بَيْنَهُمَا فَأَبْعِثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بِنِعْمَتِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَيْرَانٌ﴾ [النساء: ٣٥].

وفي هذه الآية تتجلى مشروعية التحكيم.

ذلك أن الحق ﷺ أخبر أمراً ببعث الحكيمين حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، إذا ما خيف وقوع الشقاق بينهما فكان ذلك نصاً منه تبارك وتعالى على جواز التحكيم في حق الزوجين.

وإذا ما جاز التحكيم في حق الزوجين دلّ ذلك على جوازه في سائر الحقوق والدعوى. وإذا كان الله ﷺ قد شرع التحكيم لرأب الصدع في كيان الأسرة، وحفظاً على تمسكها، وعلى المودة والرحمة بين ركنيها وهي النواة الأولى لكيان المجتمع المسلم، كان

(١) وذكر الاستدلال بالأية على جواز التحكيم في: المبسوط ط ٢٢-٢١ صفحة ٦٢، والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٥، والعنابة على الهدى ج ٥ ص ٤٩٨.

جوازه أولى فيها يقع بين أفراد المجتمع من منازعات وخصومات حفاظاً على المجتمع المسلم وتماسكه والوحدة بين أفراده وقطع دابر الشر فيه، وكان ذلك أدعى إلى استقراره^(١).

ولا خلاف بين الفقهاء على جواز بعث الحكمين إذا ما وقع الشقاق بين الزوجين أو خيف وقوعه^(٢).

ويقول أبو جعفر^(٣) في قوله ﷺ: «حتى يحكموك» حتى يجعلوك حكماً بينهم فيها اختلط بينهم من أمور، والحكم عند أهل اللغة هو من يختار للفصل بين المتنازعين^(٤)، وهذا هو التحكيم، فلا ولادة للحكم برضاء خصم دون الآخر بل لابد من رضا كلاً الخصمين بشخص الحكم.

أما الحاكم فهو الذي يُنَصَّبُ ويعين من له ولادة تعينه للفصل بين المتنازعين، وتنعقد ولادته لنظر النزاع دون الحاجة لرضاء أي من الخصمين. وكان ﷺ يتولى الفصل في الخصومات باعتباره حاكماً ومحكماً.

وقيل أن الآية قد نزلت في شأن اليهودي والمنافق في خصومة بينهما فترافعا إلى رسول الله ﷺ فقضى لليهودي على المسلم، فلم يرضى المنافق، فقدموا إلى أبي بكر ^{رض}، فقضى بما قضى به ﷺ فلم يرض المنافق، فقدموا إلى عمر ^{رض}، فقتل المنافق عندما علم أنه يرض بحكم رسول الله ﷺ

(١) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتضى لابن رشد د ٢ ص ٨٣.

(٣) أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى، جامع البيان ج ٥ ص ١٥٨.

(٤) المعجم الوسيط ج ١ ص ١٠٩، وجاء في حاشية الصاوي: «الحاكم ما كان مقاماً من طرف السلطان، والمحكم ما كان مقاماً من طرف الأخصام» في الشرح الصغير ج ٥ ص ٤٩٤.

وقال **رسوله**: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا طَبِعُوا أَنَّهُمْ وَأُولَئِكَ الَّذِينَ مُنْكَرٌ فَإِنْ تَنْزَعُمُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّهُ إِلَى اللَّهِ وَإِلَرَسُولِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾** [النساء: ٥٩].

وقال **رسوله**: **﴿إِنَّمَا تَرَى إِلَى الَّذِينَ يَرْعَمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ إِنْ يُبَدِّلُونَ أَنْ يَتَحَكَّمُوا إِلَى الْعَلَغَوْتِ وَقَدْ أَمْرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَمَيْرِيدُ الشَّيْطَنُ أَنْ يُضْلِلُمُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾** [النساء: ٦٠].

وقال **رسوله**: **﴿أَنْتَ تَحْكُمُ بَيْنَ عِبَادِكَ فِيمَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ﴾** [آل عمران: ٤٦].

فأدرك الرسول **رسوله** أن الله وكل إليه بيان الحكم باجتهاده فاجتهد على ضوء ما نزل عليه من أحكام وما ألممه الله من سر التشريع واجتهد الصحابة من بعده، لقد كان الرسول عليه أفضل الصلوات والسلام **المحكم** الأول للأمة الإسلامية، يحكم بما أنزل الله إليه من الآيات البينات ولقد أثبت الله صفة الحاكمية هذه في رسوله الكريم بآية صريحة واضحة قال فيها الحق **رسوله**: **﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُونَ فِي أَنفُسِهِمْ حَرْجًا مَمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا سَلِيمًا﴾** [النساء: ٦٥].

وتتجلى مشروعية التحكيم في تلك الآية .. وهنا نجد أن الحق **رسوله** في قوله: **﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ﴾** أقسم على نفي الإيمان عنهم إلا بالترافع إليه **رسوله** وطلب الحكم فيه بقوله **رسوله**: **﴿حَتَّى يُحَكِّمُوكَ﴾** أي يجعلوك حكماً فيما بينهم من خصومات ومتنازعات، وما التحكيم إلا ذاك.

ويقول **رسوله**: **﴿وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ الْوَرَثَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّونَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ﴾** [المائدة: ٤٣].

وقال **رسوله**: **﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا الْوَرَثَةَ فِيهَا هُدَىٰ وَبُرُورٌ يَحْكُمُ بِهَا أَلَّا يَبْيَأُونَ أَذْلَامَ الَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّنِيُّونَ وَالْأَحْجَارُ بِمَا أَسْتَحْفِظُوا مِنْ كِتَابٍ اللَّهُ وَكَانُوا عَلَيْهِ شَهَادَةٌ فَلَا تَخْشُوا الْكَسَاسَ وَلَا خَشُونَ وَلَا تَشْرُوا بِعِنْدِنِي ثُمَّنَا قَبِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ**

فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَفِرُونَ ﴿٤٤﴾ [المائدة: ٤٤].

وقال ﷺ: ﴿وَلَيَحْكُمُ أَهْلُ الْإِنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَمْحُكْمِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُنْسِقُونَ﴾ [المائدة: ٤٧].

وقال ﷺ: ﴿وَإِنْ أَخْكُمْ بِيَنَّهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَنْتَعِنْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْدَدْهُمْ أَنْ يَقْتَلُوكُمْ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكُمْ فَإِنْ تَوَلُّوْا فَاعْلَمُ أَنَّهَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُعَذِّبَهُمْ بِعَذَابٍ ذُوْرِبِهِمْ وَإِنْ كَيْدُكُمْ مِنَ النَّاسِ لَفَنْسِقُونَ﴾ [المائدة: ٤٩].

قال ﷺ: ﴿أَفَحُكْمُ الْجَهَنَّمِ يَسْعَوْنَ وَمَنْ أَحْسَنْ مِنَ اللَّهِ حَكْمًا لِلْعُوْلَى يُوْقَنُونَ﴾ [٥٠] [المائدة: ٥٠].

وقال ﷺ: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمُ بِيَنَّهُمْ إِذَا فِي قِرْبَتِهِمْ مُغْرِضُونَ﴾ [٤٨] [النور: ٤٨].

وقال ﷺ: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلُ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمُ بِيَنَّهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا رَأَطْعَنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [٥١] [النور: ٥١].

كما أن أساس مشروعية التحكيم في المسائل المتعلقة بالأموال^(١) هو قول الله ﷺ في حكم آياته: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمْنَاتِ إِلَيْهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُعْلِمِينَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَيِّئَ بَصِيرًا﴾ [٥٨] [النساء: ٥٨].

وقال ﷺ: ﴿أَتَيْعُوا مَا أَنْزَلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رِزْكِهِ وَلَا تَأْتِيُوا مِنْ دُونِهِ أَفَرِيَاهُمْ قَلِيلًا مَاتَذَكَرُونَ﴾ [٣] [الأعراف: ٣].

ومن كل ما تقدم يتضح أن آيات الله الكريمة قد جاءت ملزمة بالحكم بشرعية الله، وتنهى الحاكم عن الخروج عن حكم غير الله.

فالصواب أن يحكم الحاكم بقانون الله، ويفصل في الأمور بشرعية الخالق بوصفه خليفة الله، ونائباً عنه في الأرض.

(١) نظام التحكيم، «دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري» د/ سيد احمد حمود، ٢٠٠٥، دار النهضة العربية ص ٢٣.

وفي كثير من الآيات السابقة .. ومنها قوله تعالى: **﴿فَاحكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَبَيَّنَ أَهْوَاءُهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾** [المائدة: ٤٨]. أي فاحكم يا محمد بين الناس بما أنزل الله إليك في هذا الكتاب العظيم، ولا توافقهم على أغراضهم الفاسدة عادلاً عما جاءك في هذا القرآن^(١).

وقال ابن كثير: أي لا تصرف عن الحق الذي أمرك الله به إلى أهواء هؤلاء من الجهلة الأشقياء.

وقوله تعالى: **﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ إِنْ تَخْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾** [النساء: ٥٨]. فهذا أمر منه تعالى بالحكم بالعدل بين الناس، وهذا قال زيد بن أسلم أن هذه الآية إنما نزلت في النساء يعني الحكم بين النساء^(٢).

وقوله تعالى: **﴿رَبَّنَا وَرَبُّكُمْ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَبَيَّنَ الْهَوَى فَيُعِظِّلَكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾** [ص: ٢٦].

أي يا داود إننا استخلفناك على الناس لتدبر شؤونهم ومصالحهم فاحكم بينهم بالعدل وبشريعة الله التي أنزلها عليك ولا تتبع هوى النفس في الحكومات وغيرها فيضلوك اتباع الهوى عن دين الله القويم وشرعه المستقيم^(٣).



(١) صفة التفسير د/ محمد على الصابوني، القسم الثالث، تفسير المائدة ص ٢٥، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية - عزة قطره، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) تفسير ابن كثير سورة النساء المجلد الأول ص ٤٦.

(٣) صفة التفسير، د/ محمد الصابوني - القسم الرابع عشر، تفسير سورة (ص) صفحة (٢٦).

المبحث الثاني

مشروعية التحكيم في السنة

تناولنا في المبحث السابق مشروعية التحكيم بالكتاب الكريم، وسنعرض في هذا المبحث لمشروعية التحكيم في السنة وذلك من خلال الأدلة الآتية:-

قال أبو داود في سننه:

□ الدليل الأول: عن شريح عن أبيه هانئ:

أنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم يكتونه بأبي الحكم، فَدَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ وَإِنَّهُ الْحَكَمُ فَلِمَ تُكْنِي أَبَا الْحَكَمَ»، فَقَالَ: إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَقُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ قَرْضِيٌّ كِلَا الفَرِيقَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا أَخْسَنَ هَذَا فِي لَكَ مِنْ الْوَلَدِ»، قَالَ: لِشَرِيعَةِ وَمُسْلِمٍ وَعَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: «فَمَنْ أَكْبَرُهُمْ؟» قُلْتُ: شَرِيعَةٌ، قَالَ: «فَأَنْتَ أَبُو شَرِيعٍ»، قَالَ أَبُو دَاؤِدُ: شَرِيعَةُ هَذَا هُوَ الَّذِي كَسَرَ السُّلْسِلَةَ وَهُوَ مِنْ دَخَلِ تُسْتَرٍ، قَالَ أَبُو دَاؤِدُ: وَبَلَغَنِي أَنَّ شَرِيعَةَ كَسَرَ بَابَ تُسْتَرٍ وَذَلِكَ أَنَّهُ دَخَلَ مِنْ سِرْبٍ^(١) وَدَعَا لَهُ وَلَوْلَدَهُ»، فَإِقْرَارُ الرَّسُولِ ﷺ لِأَبِي شَرِيعٍ عَلَى

(١) سنن أبي داود بحاشية عون المبود. ج٤ ص٤٤٤ وفيه قال: المتندي وأقره النسائي وهو من سنن أبي داود، ٣٥ كتاب الأدب، ٧٠ باب تغيير الإسم القبيح - رقم ٤٩٥٥ ح٥ ص٢٤٠.

* سعد بن معاذ بن النعيم: سيد الأوس في الجاهلية والإسلام، أسلم بالمدينة بين العقبة الأولى والثانية على يد مصعب بن عمير، وشهد بدرًا وأحدًا والختنقد ورمي يوم الختنقد بهم، فعاش بعد ذلك شهراً حتى حكم في بني قريطة، ثم انتقض جرحه فمات وذلك في سنة ٥ هـ. قال فيه رسول الله ﷺ، اهتز العرش لموت سعد بن معاذ، والذى رماه بهم هو حبان بن العرقه، فقال رسول الله ﷺ: غرّ الله وجهه في النار.

أسد الغابة ج٢ ص٢٩٦، والاستيعاب ج٢ ص٢٧ والإصابة ج٢ ص٣٧.

(٢) حديث إن الله هو الحكم «أخرجه أبو داود ج٥ ص١٤٠، ط عزت عبيد دعاas. سنن أبي داود ج١ رقم ٤٩٣٤، والنسائي ج٨/١٩٩، ٢٦٦، ط المكتبة التجارية - وجامع الأصول ج١ ص٣٧٣ وإسناده حسن. (نظام التحكيم دراسة مقارنة، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، هامش ص٢٥).

حكمه بين قومه بتراضيهم دليل على جواز التحكيم ومشروعيته وقال رسول الله ﷺ: من حكم بين اثنين تحاكم إلينه وارتضايا به، فلم يعدل بينهما بالحق فعليه لعنة الله ^(١). وهي ماروبي أله ^{عليه السلام} قال: «من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون» ^(٢). كما أن رسول الله ^{عليه السلام} رضي بتحكيم سعد بن معاذ ^{رضي الله عنه} في أمر اليهود من بنى قريظة، حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه ^(٣). كما أن رسول الله ^{عليه السلام} رضي بتحكيم الأعور بن شامة في أمر بنى العنبر حين انتهوا أموال الزكاة ^(٤).

□ الدليل الثاني: في تحكيم رسول الله ^{عليه السلام} لسعد في بنى قريظة ^(٥):

عن أبي سعيد الخدري أنه قال: «نزل أهل قريظة على حُكْمِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ فَأَرْسَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى سَعْدٍ فَأَتَى عَلَى حِمَارٍ فَكَبَّا دَنَّا مِنَ الْمَسْجِدِ قَالَ لِلْأَنْصَارِ قُومُوا إِلَى سَيِّدِكُمْ أَوْ خَيْرِكُمْ فَقَالَ هُؤُلَاءِ نَزَّلُوا عَلَى حُكْمِكَ فَقَالَ تَقْتُلُ مُقَاتِلَهُمْ وَتَسْبِي ذَارِيَّهُمْ قَالَ قَضَيْتَ بِحُكْمِ اللَّهِ وَرَبِّيَا قَالَ بِحُكْمِ الْمَلِكِ» ^(٦).

(١) كشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٣، هامش نظام التحكيم، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٢) المغني ج ٩ ص ١٠٧، عبد الفتاح محمد ابن العينين، القضايا والإثباتات في الفقه الإسلامي، مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني، إيداع ١٩٨٣، ص ١١٢.

(٣) تحكيم سعد بن معاذ في أمر اليهود، أخرجه البخاري، الفتح ج ٦ ص ١٦٥، الطبعة السلفية، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٢ ص ٩٢، تبيين الحقائق، ط أولى ١٣١٣ هـ ج ٤ ص ١٩٣، البحر الرائق، ج ٧ ص ٢٧ وما يليها، على حيدر «درر الحكم في شرح مجلة الأحكام» كتاب التنظيم القضائي، مشار إليه في الأحدب، الجزء الأول ص ٥٧ هامش ٥. (نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٢٥).

(٤) حديث أن رسول الله ^{عليه السلام} رضي بتحكيم الأعور بن شامة أخرجه ابن شاهين في الصحابة.

(٥) مستند الإمام أحمد ج ٦ ص ١٤٢، سنن الترمذى ج ٤ ص ١٤٤، فتح البارى ج ٧ ص ٤١٢، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٦) رواه عن أبي سعيد الخدري الإمام أحمد في مستنده ج ٣ ص ٢٢، ومسلم، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٢ ص ٩٢، وفتح البارى ج ٧ ص ٤١١، وقال الشوكاني متفق عليه، نيل الأوطار ج ٨ ص ٦٢.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

وفي رواية ابن سحق: «لَقَدْ حَكَمْتَ فِيهِمْ بِحُكْمِ اللَّهِ مِنْ فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْبَعَةٍ»^(١).
وروى البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - أنهم نزلوا على حكم رسول الله ﷺ،
فرد الحكم إلى سعد^(٢).

- وجه الدلالة لتحكيم رسول الله ﷺ لسعد في بنى قريظة:

أن رسول الله ﷺ قبل تحكيم بنى قريظة له لما نزلت على حكمه ثم جعل الحكم فيهم إلى سعد بن معاذ برضاهם، فكان الحديث نصاً في جواز التحكيم، وإنما حُكِمَ فيهم سعداً برضاهم، ولما عمل بحكم سعد فيهم، إذ أن التحكيم لو لم يكن مشروعاً لما صلح حكم سعد، ولما وجب تفليده، وأن المجمع عليه بين الفقهاء أن رسول الله ﷺ قد عمل بحكم سعد فيهم^(٣).

□ الدليل الثالث: تحكيم أبو بكر فيما وقع بين النبي ﷺ وعائشة - رضي الله عنها -:
فعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: كان بيني وبين النبي ﷺ كلام، فقال: أجعل بيني وبينك عمر، فقلت: لا. قال: أجعل بيني وبينك أباك: قلت: نعم^(٤).

(١) نيل الأوطار للشوكاني جـ ٨ ص ٦٢ ، سيرة ابن هشام جـ ٣ ص ٢٤٠ .

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٤٩ .

(٣) البحر الرائق حـ ٥ ص ٤٩٨ ، والتحكيم في الشريعة، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٤٩ .

(٤) مجمع الزوائد جـ ٤ ص ١٩٦ ، وفيه رواه الطبراني في الأوسط، وفيه صالح بن أبي الأسود، وهو ضعيف.
عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين، من أكبر فقهاء الصحابة، كانت تكنى بأم عبد الله ابن اختها
أسامة. قالت رضي الله عنها «تزوجني رسول الله ﷺ وأنا بنت سبع سنين، وبيني بي وأنا بنت تسع سنين،
وقبض عنى وأنا بآية ثمان عشرة سنة»، كانت أحب نسائه إليه ﷺ وأكثرهن رواية للحديث عنه، توفيت
ستة٥٧ هـ وقيل٥٨ هـ ودفنت بالبقع.

طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٧ والرياض المستطابة ص ٣١٠ ، وأسد الغابة جـ ٥ ص ٥٠١ ،
والاستيعاب جـ ٤ ص ٣٥٦ ، والإصابة جـ ٤ ص ٣٥٩ وتنذكرة الحفاظ جـ ١ ص ٢٧ .

جرى بينه ﷺ وبين عائشة كلام، حتى أدخلها أبا بكر رضي الله عنه حكماً واستشهاده، فقال لها رسول الله ﷺ تكلمين أو أنتكلم؟ فقالت: بل تكلم أنت، ولا تقل إلا حقاً، فلطمها أبو بكر حتى دمَّ فوها، وقال لها: يا عديَّة نفسيها، أوَيَقُولُ غير الحق؟ فاستجارت برسول الله ﷺ وقعدت خلف ظهره، فقال له النبي ﷺ لم ندعك لهذا، ولا أردنا منك هذا^(١).

□ الدليل الرابع: عن محمد بن سبiven عبيدة قال: شهدت علياً وقد جاءته امرأة وزوجها مع كل واحد منها فقام من الناس، فأخرج هؤلاء حكماً وهؤلاء حكماً فقال علي للمحاكمينَ أندريان ما عليكم؟ أن عليكم أن رأيتما أن تجتمعوا جمعتكم (أي إن كان قصدكم إصلاح ذات البين بورك في صلحكم). فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لى وعلى. وقال الزوج أما الفرقة فلا فقال على: كذبت والله لا تبرح حتى ترضي بكتاب الله هذا لك وعليك (رواه ابن أبي حاتم)^(٢).

□ الدليل الخامس: تحكيم رسول الله ﷺ للأعور بن شامة: روى ابن شاهين بإسناده عن ابن عباس قال: أصابت بنو العبر دماً في قومهم

أبو بكر الصديق: عبد الله بن أبي قحافة، واسم أبي قحافة عثمان بن عامر التميمي القرشي، أول من آمن برسول الله ﷺ من الرجال ورفيقه في الغار، من أغنياء قريش وساداتها، شهد المزوات كلها، أول الخلفاء الراشدين، مات سنة ١٣ هـ.

أسد الغابة جـ٢ ص ٢٠٥، تاريخ الخلفاء للسيوطى ص ٢٧، طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٣٦، الاستيعاب جـ٢ ص ٢٤٣، وأبو بكر الصديق عليه السلام الطنطاوى (عقد التحكيم د/ الدورى، المراجع السابق، ص ٨٩).

(١) إحياء علوم الدين حـ٢ ص ٤٤.

وفي المغني عن حمل الأسفار بهامش، حديث جرى بينه وبين عائشة كلام حتى أدخل بينها أبو بكر حكماً ... الحديث - الطبرانى في الأوسط والخطيب في التاريخ من حديث عائشة بسند ضعيف.

(٢) تفسير بن كثير تحقيق محمد علـى الصابونـى، سورة النساء (التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية) - عزة رشاد، المراجع السابق.

فأرتحلوا فنزلوا بأخواهم من خزاعة، فبعث رسول الله ﷺ مصدقاً لخزاعة، فصدقهم ثم صدق بنى العنبر، فلما رأت بنو العنبر الصدقة قد أحرزها وثبوا فانتزعوها، فقدم على رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إن بنى العنبر منعوا الصدقة فبعث إليه عيينة بن حصين في سبعين ومائة، فوجد القوم خلوفاً فاستأق تسعه رجال وإنحدى عشرة امرأة وصبياناً، فبلغ ذلك بنى العنبر، فركب إلى رسول الله ﷺ منه سبعون رجالاً منهم الأقرع بن حابس، ومنهم الأعور بن شامة العنبرى، فلما قدموا المدينة بھش إلى النساء والصبيان فوثبوا على حجر رسول الله ﷺ وهو في قائلته فصاحوا به: يا محمد علام تسب نساءنا ولم نزع يدأ من طاعتك؟ فخرج إليهم فقال: إجعلوا بيني وبينكم حكماً؟ فقالوا يا رسول الله الأعور بن شامة فقال بل أسيدكم بن عمرو. قالوا يا رسول الله الأعور بن شامة، فحكم رسول الله ﷺ فحكم أن يفدى شطر وإن يعتق سطر^(١).

□ الدليل السادس: ما كان يفعله رسول الله ﷺ مع أمراء الجيوش وقادة السرية^(٢):
روى مسلم عن بريدة أن رسول الله ﷺ كان إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أو صاحب في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً ثم قال: «إذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدرى أتصيب حكم الله أم لا»^(٣).

- وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ فيما يبلغه عن ربه في مقام الهدایة والتشريع أوصى

(١) المكي (عبد الله بن فرج) أقضية رسول الله ١٩٧٨ م طبعة أولى ص ٦٧٦ - التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد - دراسة تاريخية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة من المدرس المساعد / عبد الكريم محمد عبد الكريم نصیر، بكلية الحقوق جامعة طنطا، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها.

(٣) وفي الحديث: «إذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه، فلا تجعل لهم ذمة الله ولا ذمة نبيه، ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك، فإنكم إن تخفروا ذمكم وذم أصحابكم أهون من أن تخفروا ذمة الله وذمة رسوله». صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٢ ص ٣٩.

قواده بقبول التحكيم إذا ما طلبه الخصم، والرسول ﷺ لا يأمر ولا يوصي إلا بما هو مشروع، فكان الحديث دليلاً على جواز التحكيم.

- ووجه قوله ﷺ لا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك، فإنه محمول على عدم علم القائد عين حكم الله فيهم، وهذا يكون من وجهين: أنه على عهد رسول الله ﷺ، فقد ينزل الوحي بحكم على خلاف ما يعلمه القائد أو ناسخ له، أو ينزل بحكم جديد لم يكن موجوداً من قبل، والوحي لا ينزل على غير رسول الله ﷺ فأراد ﷺ أن يجنب قواده من أن ينسبوا إلى الله ما لم يُعَدْ حكماً. وهذا لم يعد له وجود بعد قوله ﷺ: «اللهم أكملت لكم دينكم وأتمت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً»، وبعد انتقاله ﷺ إلى الرفيق الأعلى.

ويقول في ذلك الأستاذ الدكتور إسماعيل الأسطل^(١): «والوجه الثاني وهو الذي أميل إلى ترجيحه، أن المسألة اجتهادية، والمجتهد مكلف بالأخذ بما يؤديه إليه اجتهاده أصحاب الحق عند الله أو لم يصبه، بمعنى أن المجتهد قد يصيب في حكمه وقد يخطئ وحكم الله لا يرد عليه هذا الاحتمال، فوجب تزويجه عن ذلك، فالخطأ ممتنع على الحالق جلاً وعلاً، لذا وجب وصف الحكم في المسألة الاجتهادية بأنه حكم الحاكم (القاضي) وليس حكم الله، لذا قال الرسول ﷺ «لَا تُنْزِلُوهُمْ عَلَى حُكْمِ اللَّهِ وَلَكُنْ أَنْزِلُوهُمْ عَلَى حُكْمِكُمْ فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَكْسِبُ حُكْمَ اللَّهِ فِيهِمْ أَمْ لَا»^(٢).

□ الدليل السابع: التحكيم في أول معايدة مكتوبة للنبي ﷺ:
لما هاجر النبي ﷺ إلى المدينة، آخى بين المهاجرين والأنصار ثم أخذ يضع أسس ومبادئ

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) صحيح مسلم: (٣٢٦١)، يقول الشوكاني: «والحديث حجة على أنه ليس كل مجتهد مصيب بل الحق عند الله واحد». نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٦٢.

الدولة الإسلامية بالمدينة، وبدأ ينظم العلاقات بين الأمة الإسلامية بالمدينة المنورة والأمم الأخرى، وأول ما بدأ باليهود الذين كانوا حول المدينة، فأبرم معهم معاہدة، وكانت بين المسلمين كامة واليهود كامة^(١)، أقرهم فيها على معتقدهم وأموالهم لا يجبرون على الإسلام، وتضمنت هذه المعاہدة تنظيماً دقيقاً للعلاقات الداخلية والخارجية.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور إسماعيل الأسطل: «والذى يعنينا في هذا المقام، ما كان خاصاً بالاتفاق على التحكيم مسبقاً، بين المسلمين كامة واليهود كامة، و اختياره حكم بين الطرفين فيما سيقع من نزاع مستقبلاً، فقد جاء في كتاب العهد: «وأنه ما كان بين أهل هذه الصحفة من حدث أو شجار^(٢) يخاف فساده، فإن مردہ إلى الله وإلى محمد رسول الله صلی اللہ علیہ وسَلَّمَ».

فهذا رسول الله صلی اللہ علیہ وسَلَّمَ قبل بالتحكيم فيما سيجد بينه وبين اليهود، في الخصومات التي قد تحدث مستقبلاً بين كلا الأمتين، فدل ذلك على أن التحكيم أحد القواعد التي أقرتها الشريعة الإسلامية، والتي كان معمولاً بها قبل الإسلام، فكما رأينا قبل فإن التحكيم عند العرب قبل الإسلام كان شريعة عامة، وعرفاً سائداً، تلجمأ إليه القبائل والأفراد في حسم نزاعاتهم وقطع خصوماتهم.



(١) الشريعة والقانون الدولي العام، للمستشار على على منصور ص ٢١٢، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) وفي رواية ابن إسحاق «إنكم مهياً اختلتم فيه من شئ فإن مردہ إلى الله عز وجل وإلى محمد صلی اللہ علیہ وسَلَّمَ»، سيرة ابن هشام ج ٢ ص ١٢١، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٣) سيرة ابن هشام ج ٢ ص ١٢١، عيون الأثر لابن سيد الناس ج ١ ص ٢٣٩. مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، محمد حيدر الله ص ٦٣ (د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٥٣).

المبحث الثالث

مشروعية التحكيم بالإجماع وعمل الصحابة

فقد كان الصحابة رض مجمعين على جواز التحكيم^(١). لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة، ولم ينكر مع اشتهره فكان إجماعاً^(٢).

- وقد جاء في البناء: «والتحكيم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع. ومن ثم فالإجماع منعقد على جواز التحكيم، ولم يخالف هذا الإجماع مخالف إلى يومنا هذا. ومن الآثار التي رويت عن الصحابة في ذلك ما يأتي^(٣):

١- روى أبو داود في سنته عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده، قال: اشتري الأشعث رقيقاً من رقيق الحُمُس من عبد الله بعشرين ألفاً فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال: إنها أخذتم بعشرة آلاف. فقال عبد الله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك. قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسي، قال عبد الله فإني سمعت رسول الله صل يقول: «إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانُ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيْتَهُ فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ السُّلْعَةِ أَوْ يَتَّسَارُ كَانِ»^(٤).

(١) العناية على الهدایة ج ٥ ص ٤٩٨، وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٣، ومعنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٨، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣٠، وعميره ج ٤ ص ٢٩٨، والمبسوط ج ٢١ ص ٦٢.

(٢) أنسى المطالب ج ٤ ص ٢٢٨، تحفة المحتاج ج ١٠ ص ١١٨، ومن نقل إجماعهم الماوردي كما في مغني المحتاج، السابق، البناء شرح المدایة ج ٧ ص ٦٦.

(٣) عقد التحكيم، د/ الدورى، المرجع السابق، ص ٩١.

(٤) سنن أبو داود في ١٧ كتاب البيوع عن محمد بن يحيى بن فارس، حدثنا عمر بن حفص بن غياث، حدثنا أبي، عن أبي عُميس، أخبرني عبد الرحمن بن قيس.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

و(عبد الله) هو: عبد الله بن مسعود، قوله: (يكون بيني وبينك)، أي حكمًا^(١). ف قوله (اختر رجلاً يكون بيني وبينك) وجواب الأشعث، صريح في أن التحكيم أمر مشهور لا ينكره أحد، وهذا إجماع.

٢- روبي عبد الرزاق عن معمر، قال: أخبرني من سمع أبا جعفر يقول «كان المهاجرون يأمرن بالغسل، وكانت الأنصار يقولون: الماء من الماء، فمن يفصل بين هؤلاء، وقال المهاجرون: إذا مس الحitan الحitan فقد وجب الغسل، فحكموا بينهم على بن أبي طالب فاختصموا إليه، فقال: أرأيتم لو رأيتم رجلاً يدخل وينخرج، أيجب عليه الحد؟ قال: فيوجب الحد ولا يوجب عليه صاعًا من ماء؟ فقضى للمهاجرين، فبلغ ذلك عائشة، فقالت: ربنا فعلنا ذلك أنا ورسول الله ﷺ فقمنا واغتسلنا»^(٢).

فتحكيم المهاجرين والأنصار علىٰ فيما اختصموا فيه، دليل على إجماعهم على جواز التحكيم مطلقاً.

(١) عن المعبود جـ٣ ص٣٥، عقد التحكيم، د/ الدوري، المرجع السابق، ص٩٢.
وفي الحديث رقم ٣٥١٢ ص٧٨٣: حديث عبد الله بن محمد التفيلي، حدثنا هشيم، أخبرنا ابن ليل، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، أن ابن مسعود باع من الأشعث بن قيس رقيقاً، فذكر معناه، والكلام يزيد وينقص.

وحدث اشتري الأشعث .. في تيسير الوصول جـ٤ ص٦٧ وقال: أخرجه أبو داود، وأخرج النسائي منه المسند فقط، والحديث في مستدرك الحاكم جـ٢ ص٤٥ رواه عن محمد بن صالح بن هانئ والحسن بن يعقوب وإبراهيم بن عصمة قالوا: حدثنا السري بن خزيمة حدثنا عمر بن حفص بن غياث ... بطريق أبي داود. وقال حديث صحيح الإسناد لم ينجزاه. وعقب الذهبي في تلخيص المستدرك عليه بأنه صحيح. وفي تلخيص الحبير جـ٣ ص٣١ أورد المسند وقال: هو عند أبي داود والنسائي وصححه الحاكم وحسنه البهيفي. وقال ابن عبد البر: هو منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة العلماء، تلقواه بالقبول وبنوا عليه كثير من فروعه.

(٢) المصنف لعبد الرزاق جـ١ ص٢٤٩ رقم ٩٥٥، وهو في كنز العمال جـ٩ ص٣٢٦ رقم ٢٧٠٨، عن عبد الرزاق عن مجاهد. مع اختلاف يسير في أوله.

٣- عن ابن عون عن محمد قال: «كان بين عمر بن الخطاب وبين معاذ بن عفراe دعوى في شئ فحكى أبئ بن كعب، فقص عليه عمر، فقال أبئ: اعفُ أمير المؤمنين، فقال: لا، لا تعفي منها إن كانت على. قال: قال أبئ: فإنها عليك يا أمير المؤمنين. قال: فحلف عمر، ثم: أتراني قد أستحقها بيميني، إذهب الآن فهي لك»^(١). فتحكيم عمر ومعاذ أبئا في الدعوى، ولم ينكر عليهم أحد، صريح في إجماعهم على جواز التحكيم مطلقاً.

٤- رُوي عن شريح أنه قال: «لما رجع عليّ هشام من قتالٍ معاوية وجد درعاً له افقده ييد يهودي يبيعها، فقال عليّ هشام: درعى ولم أبع، فقال اليهودي: درعى وفي يدي، فاختصما إلى شريح، فقال شريح لعليّ هل لك بينة؟ قال نعم قنير والحسن ابنى، قال شريح لا يجوز للأب، وقضى لليهودي بالدرع»^(٢).

٥- رُوي عن الشعبي أن عمر بن الخطاب أخذ فرساً على سوم فحمل عليه رجلاً ليشوره، فعطب الفرس، فقال الرجل، يعني وبينك شريحاً العراقي، فأتياه، فقال: يا أمير المؤمنين أخذته سليماً على سوم، فعليك أن ترده سليماً كما أخذته»^(٣).

٦- تحاكم عمر والعباس إلى أبئ بن كعب بن المنذر في دار كانت للعباس إلى جنب المسجد، فقضى للعباس على عمر»^(٤).

ما سبق يتضح أن التحكيم جرى به عمل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين.

(١) سنن الدارقطني - الأقضية والأحكام - رقم ١٣٨ - ج ٤ ص ٢٤٢ رواه عن دلنج ابن أحمد عن معاذ بن المثنى عن أبئه عن ابن عون عن محمد.

(٢) أخبار القضاة لوكيع ج ٢ ص ١٩٤، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المراجع السابق، ص ٥٧.

(٣) تاريخ ابن كثير ج ٩ ص ٢٥، أخبار القضاة لوكيع ج ٢ ص ١٨٩.

(٤) طبقات الفقهاء للشيرازى ص ١٣.

– أما الدليل العقلي على جواز التحكيم مطلقاً فهو ما يأتي:-

- ١- أن للمحكمين ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمهما^(١) لأن صحة تحكيم المحكمين مبنية على تمتتعهما بالولاية على النفس.
- ٢- تحكيم الخصمين غيرهما جائز، كما يجوز أن يستعنتا فقيها يعملان بفتواه في قضيتهما^(٢).
- ٣- إذا لم يجوز التحكيم ضاق الأمر على الناس، لأنه يشق على الناس الحضور إلى مجلس الحكم، فجاز التحكيم للحاجة^(٣).

فكثير من الناس يرون سهولة اللجوء إلى التحكيم، لاسيما إذا كانوا بعيدين عن مكان القضاء، أو لا يستطيعون الوصول إلى القاضي إلا بصعوبة.

بالإضافة إلى تفضيلهم التحكيم لبساطة إجراءاته، وقلة نفقاته، وقصر وقته، ورغبة في الابتعاد عن الخصومة والله فيها.



(١) الاختيار ج ١ ص ٢٦٤، شرح أدب القاضي لابن مازه ج ٣ ص ٥٥، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٣، والمدavia ج ٥ ص ٤٩٩، والقضاء في الفقه الإسلامي، د/ محمد رافت عثمان ص ٢٨.

(٢) المواقف ج ٦ ص ١١٢ عن المازري.

(٣) معين الحكماء ص ٢٥.

المبحث الرابع

حكم التحكيم وحكمته مشروعية^(١)

□ حكم التحكيم:

التحكيم قد يكون واجباً وذلك في حالتين هما:

↳ الحالة الأولى: إذا ورد النص الدال على الوجوب كما في قوله ﷺ: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥]. فالأمر هنا على الوجوب لعدم اقتراحه بالقرينة الصارفة عن الوجوب.

وقد بين الفقهاء ذلك في نصوصهم، فقد جاء في فتح الجليل (آية بعث الحكمين محكمه غير منسوخة فالعمل بها واجب)^(٢).

وجاء في نهاية المحتاج «إذا اشتد الشقاق - أى الخلاف بين الزوجين - بعث القاضي وجوياً للأمة، لأنه من باب دفع الظلمات وهو من القروض العامة على الحاكم»^(٣).
وفي حاشية الباجوري «إذا اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي وجوياً حكمين مسلمين عدلين عارفين بالمقصود»^(٤).

↳ الحالة الثانية: إذا أمر السلطان به، وذلك لأن تصرف الإمام متنوط بالصلحة.
وقد يكون التحكيم محظوراً، وذلك إذا رأى الإمام أن المصلحة في منعه.
ماعدا هذه الحالات يبقى الحكم العام في التحكيم، وقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:-

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) منح الجليل على مختصر خليل للشيخ علیش ج ٢ ص ١٧٨.

(٣) نهاية المحتاج ج ١ ص ٣٩٢.

(٤) الباجوري على بن القاسم ج ٢ ص ١٢٩.

- ١- جواز التحكيم مطلقاً ولو وجد قاضٍ في البلد.
- ٢- يجوز التحكيم إذا لم يوجد قاضٍ في البلد.
- ٣- لا يجوز مطلقاً.

□ القول الأول: جواز التحكيم مطلقاً:

وإليه ذهب جهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وبعض الإمامية^(١).

- وقد استدلوا على ذلك: بالكتاب والسنّة والإجماع والمعقول.

(أ) من الكتاب:

١- قوله تعالى: ﴿فَإِبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥].

- وجه الدلالة: أن هذه الآية دلت على وجوب التحكيم بين الزوجين، ولما كان التحكيم بين الزوجين مشروعًا دل ذلك على مشروعية فيسائر الخصومات والدعوى.

٢- قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكُفَّارُ﴾ [المائدah: ٤٤].

- وجه الدلالة: أن التحكيم هو لون من ألوان إحقاق الحق ورده إلى أهله.

(ب) من السنة:

وردت عدة أحاديث ثُبّٰين مشروعية التحكيم، من هذه الأحاديث:-

١- ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (كان بيني وبين النبي ﷺ كلام

(١) المبسوط ج٦ ص ٧٣، معنٰ الحكما م ٢٤، الفتوى المندبة ج ٣ ص ٣٩٧، بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٠٨، مواهب الجليل ج ٦ ص ١١٢، تبصرة الحكما ج ١ ص ٥٥، الشرح الكبير مع الدسوقي ج ٤ ص ١٣٥، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣٠، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٨، المغني لابن قدامة ج ١١ ص ٤٨٣، الإنصاف ج ١١ ص ١٩٧، البحر الزخار ج ٦ ص ١١٣، الروضة البهية ج ١ ص ٢٣٨.

فقال: أجعل بيني وبينك عمر، فقلت: لا. قال: أجعل بيني وبينك أباك، قلت: نعم^(١). وفي ورابة أخرى جرى بينه وبين عائشة كلام، حتى أدخلها أبا بكر رض حكماً، فقال لها رسول الله صل تكلمين أو أتكلم؟ فقالت: بل تكلم أنت، ولا تقل إلا حقاً، فلطمها أبو بكر حتى دمّي فوها، وقال لها: يا عدية نفسها، أويقول غير الحق؟ فاستجارت برسول الله صل وقعدت خلق ظهره، فقال له النبي صل لم ندعك لهذا، ولا أردننا منك هذا.

- وجه الدلالة: لو لم يكن التحكيم مشروعاً ما لجأ إليه المصطفى صل.

(ج) من الإجماع:

أجمع الصحابة على مشروعية التحكيم وقد وقع التحكيم في عصرهم في وقائع عديدة؛ ولم ينكر أحد عليه، فدل ذلك على إجماعهم على مشروعيته^(٢).

(د) من العقول:

التحكيم يتم به فض المنازعات وإصلاح ذات البين، وعدم جوازه يؤدي إلى ضياع الحقوق واستئناد المشاحنات، ومن ثم فالعقل لا يمنع جوازه.

كما أن التحكيم من العقود التي تعارف عليها الناس قبل الإسلام ولم يرد نص يحرمه، والأصل في الأشياء الإباحة^(٣).

□ القول الثاني: جواز التحكيم بشرط عدم وجود قاضٍ في البلد:

وإلى هذا ذهب بعض الشافعية والظاهيرية^(٤).

(١) أخرجه مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٩٦.

(٢) تحفة المحتاج ج ١٠ ص ١١٨.

(٣) د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٤) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣١، المجل ٩ ص ٤٣٥.

- وقد استدلوا على ذلك: أن التحكيم في هذه الحالة للضرورة كى تُفْضِّل المنازعات، إما إذا وجد القاضى امتنع التحكيم، لأن حكم المحكّم أدنى رتبة من حكم القاضى، وذلك لعموم ولادة القاضى.

□ القول الثالث: عدم جواز التحكيم مطلقاً:

وإلى هذا ذهب بعض الشافعية وبعض الإمامية وبه قال الخوارج^(١).

- وقد استدلوا على ذلك: بأن حُكْمَ الحُكْمِ فيه افتياً على الإمام ونوابه، ففيؤدي إلى اختلال أمر الحُكْمِ وقصور نظرهم.

⇒ الرأى الراجح:

- مما سبق يتضحُ رجحان القول الأول: القائل بجواز التحكيم مطلقاً لقوة أدلةِ لهم ولضعف أدلة المخالفين وذلك لأن القول الثاني لم يرد في النصوص ما يمنع الحُكْمَ من الحُكْمِ ولأنه يشترط في الحُكْمِ ما يشترط في القاضى.

وكذلك القول الثالث ضعيف لأن حُكْمَ الحُكْمِ ليس فيه افتياً على الإمام بل إن الإمام قد يعين من يقوم بالحُكْمِ بين الناس.

□ حكمَةُ مُشْرُوِّعِيَّةِ التَّحْكِيمِ:

هي الباعث على التشريع، والشمرة المترتبة عليه، فهى الغرض من التشريع، والهدف الذي يرمي الشارع إلى تحقيقه^(٢) إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة.

(١) نهاية المحتاج ح٨ ص ٢٣٠.

(٢) على خلاف العلة: فهى الرصف الظاهر - المنضبط الذى يبنى عليه الحُكْمِ بحيث يكون دالاً على وجوده، وأحكام الشريعة تبنى على علتها وجوداً وعدماً، فعلة تحريم الخمر هي السكر، وعلة الإفطار في السفر هي السفر، أما حكمتها فهى حفظ العقل في تحريم الخمر، ودفع المشقة في إباحة الإفطار في السفر، الأستاذ الدكتور/ يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية ص ١٥٨، والأستاذ الدكتور/ زكريا البرديسي، أصول الفقه ص ٢٦٢.

وأمر الشارع بفعله أو تركه، يرمي إلى تحقيق غاية معينة أدركها الإنسان أو لم يدركها، تتحققت لدى الناس كافة أو بعضهم، والغرض من تشريع التحكيم يتمثل في إدراك الدور الذي يقوم به التحكيم في فصل الخصومات والمنازعات، والتي من شأنها أن تشيع العداوة والبغضاء، وفساد ذات البين إذا ما تركت دون الفصل فيها بحكم، يستوى أن يكون محكم قاض موال أو حكم محكم، وبهذا فالتحكيم يتحقق كلام المصلحتين^(١)، مصلحة القضاء في تخفيف العبء عنه، ومصلحة الأفراد في رفع المشقة عنهم في الانتظار في طوابير القضاء للبت والفصل في القضايا .. أو تكاليف الترافق أمام القضاء .. والتي تكون في بعض الأحوال حائلاً دون تحقيق العدالة في إيصال الحق إلى أهله فحاجة الناس إلى التحكيم قائمة، نظراً ليسير إجراءاته وقلة تكلفته، وسرعة الفصل في الخصومات، والحق يُكْلِلُ يقول: **﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْمُسُرَ﴾** [البقرة: ١٨٥].

وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «مَا خَيْرُ النَّبِيِّ يُكْلِلُ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَأْتِمْ فَإِذَا كَانَ الْأَئْمَمُ كَانَ أَبْعَدَهُمَا مِنْهُ»^(٢).

والتحكيم فضلاً عن أنه يؤدي إلى قطع المنازعات، ورفع المشقة عن المתחاصمين، فإنه يؤدي إلى إصلاح ذات البين فيما بين المתחاصمين، فإن فصل القضاء، كما قال عمر يُكْلِلُ: «يورث في القوم الضغائن»^(٣).

وإلى هذه الفائدة أشارت الآية الكريمة في الشقاق بين الزوجين بقوله

(١) معين الحكم ص ٢٥، أحكام القرآن لابن العربي ج ٦ ص ٦١٩.

(٢) روى الحديث بخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها، فتح الباري ج ١٢ ص ٨٦، كتاب الحدود رقم ٦٧٨٦، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٥ ص ٨٣ (التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/الأسطل، المراجع السابق، ص ٦٣).

(٣) المصنف في الأحاديث والآثار لابن أبي شيبة ج ٧ ص ٢١٣.

جلا وعلا: ﴿إِنْ يُرِيدُوا إِصْلَاحًا يُوقِّنُ اللَّهُ بِذَنْهُمْ﴾ [النساء: ٣٥].

- أما عن جواز تحكيم المرأة في الشريعة الإسلامية:

فلننا أن نتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل لما ناله من رعاية واهتمام على الساحة في الآونة الأخيرة، وعلى وجه التحديد في جمهورية مصر العربية، ومنذ أيام قليلة وفي غضون شهر ربيع الأول في العام ١٤٢٨ هـ الموافق شهر مارس ٢٠٠٧ م. حيث تم بالفعل تعيين أكثر من ثلاثين قاضية تقلدن مناصب مختلفة من القضاء الجالس وذلك بناء على القرار الجمهوري الصادر بذلك.

هذا من جانب لما ارتأه فقهاؤنا حديثاً، وأقروه .. وصدر بالفعل القرار الجمهوري بذلك .. وتم العمل به بالفعل .. ولنا تحفظ سنورده في موضعه.

ونتناول أولاً ما ذهب إليه أصحاب المذهب في هذا الشأن: فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز تولي المرأة القضاء أو التحكيم حتى في الأحوال التي يجوز لها فيها الشهادة وإلا كان حكماً باطلأً^(١).

واستند الجمهور في ذلك لقوله تعالى في القرآن الكريم: ﴿أَرِجَّلُ فَوَّاً مُّونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤] ، هذا يعني أن للرجال القوامة على المرأة وذلك برعايتها والإشراف عليها وتوجيهها. كما أن رسول الله ﷺ أكد على عدم فلاح الأمة التي تولى

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم، جـ ١ ص ٤٣١، المهدب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي، توفي ٤٧٦ هـ. طبعة مصطفى الحلبي ١٣٤٣ هـ جـ ٢ ص ٢٠٨، ٢٠٧، ٦٢٨، ٦٢٥، المتقدى شرح موطاً مالك، للقاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن أبي بوبابن وارث الباقي الأندلسي توفي ٤٩٤ هـ. الطبعة الأولى ص ٣٣١ مطبعة السعادة جـ ٥ ص ٢٢٨، إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٩١، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، الأستاذ الدكتور / سيد أحمد محمود، الناشر دار النهضة العربية ٢٠٠٥ م، ص ٤٢.

أمرها لامرأة حيث جاء فيه [لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة]^(١).
كما لم يثبت منذ عهد الرسول ﷺ وصحابته والتابعين أن تولّت المرأة القضاء أو التحكيم - مما يفيد معنى الإجماع - كما أن تحكيمها يُفضي إلى ارتكاب محظور لما فيه من الاختلاط مع الرجال والخلوة ببعض الخصوم أو الشهود^(٢).

كما أن الله ﷺ لم يجز شهادتها في المعاملات المالية ولو معها ألف امرأة حيث يقول جل شأنه ﷺ **وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِ الْحُكْمِ إِنَّ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِنْ قَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضْلِلَ إِحْدَاهُمَا فَتَذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى** [البقرة: ٢٨٢].

إذا كانت لا تصح شهادتها منفردة بهذه الأمور فلا تصح توليتها الحكم فيها^(٣).

* ومع ذلك ذهب جانب من الفقه الإسلامي - كابن جرير الطبرى وابن حزم - إلى جواز تولى المرأة القضاء - بجواز فتيها - أو التحكيم مطلقاً مثل الرجل، حيث إن عمر بن الخطاب ﷺ قد ولى الشفاء ولاية الحسبة على السوق، كما أن أنوثة المرأة لا تمنع من فهمها موضوع التزاع وحجج الخصوم ومعرفة الحق وبالتالي يصح حكم المرأة وينفذ^(٤).
- كما ذهب بعض المالكية - على عكس مذهبهم في تولية القضاء - إلى جواز تحكيم المرأة لأن التحكيم من باب الوكالة لا الولاية، وبما أنه يجوز وكالة المرأة كالرجل فيصح حكمها في التحكيم وينفذ ما لم يكن جوراً^(٥).

- كما استدلوا أيضاً إلى واقعة تولى الشفاء على سوق المدينة وهي امرأة يمكنها الحكم

(١) أخرجه البخاري في كتاب الفتن، مطبوع مع عمدة القاري جـ ٢٤ ص ٢٠٤.

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩١.

(٤) المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٩، وابن حزم المحلي لابن حزم جـ ٩ ص ٤٤٠، أدب القاضى للماوردي جـ ١ ص ٦٢٦، د/ سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٥) المتنقى للباجي جـ ٥ ص ٢٢٨، التبصرة لابن فرحون جـ ١ ص ٤٤.

بين الناس ولو في صغار الأمور، كما رُوي عن ابن الماجشون قوله: وإذا كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين، فإن تحكيمهما وحكمهما جائز إلا في خطأ يُبين^(١).

- ويرى الحنفية صحة تولية المرأة القضاء أو التحكيم فيها تجوز فيه شهادتها عدا الحدود والقصاص، واستناداً لقاعدة «من صحت شهادته صحت ولاليته»، وبالتالي صحت ولالية التحكيم للمرأة ما عدا القصاص والحدود^(٢).

- كما أجاز بعض فقهاء المسلمين المعاصرين تولي المرأة على اعتبار أنه لا يتضمن ولالية عامة، وأن قيامه مرجعه إلى إرادة و اختيار الخصوم، و دائرة الفصل في المنازعات القائمة بينهم و برضاهم وأنه نوع من الولاية الخاصة غير المنوعة على المرأة^(٣).

ولنا في ذلك قول رسول الله ﷺ الأسوة الحسنة .. وألا نحيد عن قوله عندما قال: تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدى أبداً: «كتاب الله و سنتي»، «فَمَنْ رَغَبَ عَنْ سُنْنَتِي فَلَيْسَ مِنِّي».

ومما لا شك فيه وأنه أصدق القائلين قول سيدنا «محمد» ﷺ «لن يفلح قوم ولُوا أمرهم امرأة».

ذلك لأن الرجلة لها شأوهاً ومسحة وهيبة دائمة وحضور وفراسة .. قد تغيب هذه الصفات غالباً عن المرأة.

ومن ثم فالقاضي يحضره محافل الخصوم والرجال ويحتاج دائمة فيه إلى كمال الرأى

(١) المتقدى للباجي ح ٥ ص ٢٢٨.

(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٢٨، تبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٩٣، إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٣) عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميسي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنّة، ط ٠ أولى ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، ص ٥٦، ١٢٣: ١٢٣.

وتقام الفطنة، والمرأة ناقصة العقل ضعيفة الرأي لقلة خبرتها، وليس من أهل الحضور في محافل الرجال .. ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلها، ما لم يكن معهن رجل^(١).

كما وأن المرأة لا تصلح للإمامية العظمى ولا لتولية البلدان، وهذا لم يول النبي ﷺ ولا أحداً من خلفائه ولا من بعدهم امرأة لتحكم ولا قضاء ولا ولادة فيها بلغنا ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً.

وفي كل وإن كانت الآراء بين مؤيد ومعارض .. فإننا نرى رأياً «أنه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء للأسباب التي سقناها .. وعليه فإنه لا يجوز لها أيضاً أن تحكم .. وإن كان لابد أن تحكم فيجب أن يكون ذلك لضرورة ملحة، ومنها عدم وجود من يصلح للتحكيم في هذا الوقت وفي هذه البلاد من الرجال .. أى أن يكون ذلك بتحفظ ونؤيد ما قال به الأستاذ الدكتور/ سيد أحمد محمود^(٢): وهو ألا تتولَّ التحكيم منفردة، بل يجوز لها الاشتراك في هيئة التحكيم في المسائل التي يجوز فيها ذلك وعلى نطاق ضيق .. وفي ذلك يرى أيضاً ابن القاسم^(٣) أن شهادة المرأة لا تصح إلا في قضايا الأموال، وما لا يطلع عليه الرجال غالباً كالولادة واستهلال المولود وعيوب النساء التي تحت الشاب كالرأتِ والقرن.

جامعة الملك عبد الله

(١) الشرح الكبير جـ٢ - ابن قدامة.

(٢) نظام التحكيم دراسة مقارنة / سيد أحمد محمود، المراجع السابق، ص ٤٤ - ٤٥.

(٣) القضاء في الفقه الإسلامي، د/ محمد رأفت عثمان، ونظام القضاء في الإسلام، د/ إبراهيم عبد الحميد ص ٣٢.

الفصل الثاني

التحكيم في عصر النبي ﷺ

نستطيع أن نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

» المبحث الأول: قضاء الرسول ﷺ قبلبعثة.

» المبحث الثاني: قضاء الرسول ﷺ بعدبعثة.

» المبحث الثالث: بعث الرسول ﷺ للقضاء بين الناس.

المبحث الأول

قضاء الرسول ﷺ قبلبعثة^(١)

لقد اقتضت حكمة المولى ﷺ في بناء الكعبة - وإن كانت من الأحجار التي لا تضر ولا تنفع - أن تكون أول بيت وضع للناس - باسم الله، ولعبادته، وتوحيده فيه، في هذا خلاف كبير فيرى البعض أن أبو الأنبياء إبراهيم ﷺ بعد أن عانى من حرب الأصنام، وهدم المعابد التي نصب فيها فبنيها بوحى^(٢) من الله ﷺ وأمر له بذلك وهذا مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمَ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلَ رَبِّيَا تَبَّأْلَ مَنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [البقرة: ١٢٧] وهذا البيت هو أول بيت وضع للناس، وذلك كما في قوله ﷺ: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لِلَّذِي بِسَكَّةَ مُبَارَّكَةً وَهُدًى لِلْعَالَمِينَ﴾ [آل عمران: ٩٦]، وقيل هو أول بيت بُني في الأرض؟ قال ولكنه أول بيت وضع فيه البركة والهدى للناس، مقام إبراهيم ومن دخله كان آمناً^(٣).

(١) حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للباحث المهدى إبراهيم منصور شلبي المرجع السابق ص ٢٣٥. وعقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ الدوري، المرجع السابق ص ٤٦.

(٢) فقه السيرة للدكتور / محمد سعيد رمضان البوطي، ص ٧٣.

(٣) فيما رواه البيهقي من حديث السماك بن حرب عن خالد بن عرعرة قال سأله رجلاً عليه عن أول بيت وضع أو بني للناس، البداية والنهاية، الجزء الأول ص ٧٨.

ولقد تعرضت الكعبة بعد ذلك للعوادي التي أُوْهَت ببنائها، وصَدَّعَت جدرانها وكان من بين هذه العوادي سيل عَرِم، الذي جرف مكة قبل البعثة بسنوات قليلة^(١) حيث زاد ذلك من تصدع جدرانها، وضعف بنائها، فلم تجد قريش بُدًّا من إعادة تشييد الكعبة وتعظيمها بقيمة مما ظل محفوظاً من شرعة إبراهيم الصلوة بين العرب.

ولقد شارك الحبيب قبل البعثة في بناء الكعبة، وإعادة تشييدها مشاركة فعالة، فلقد كان ينقل الحجارة على كتفه الكريم ما بينها وبينه إلا إزاره، وكان له من العمر إذ ذاك خمسة وثلاثون سنة في الأصح، وهو ما رواه البخاري في صحيحه من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال لما بنيت الكعبة، ذهب النبي صلوات الله عليه والعباس ينقلان الحجارة، فقال العباس للنبي صلوات الله عليه أجعل إزارك على رقبتك، فخر إلى الأرض، وطمحت عيناه إلى السماء فقال: أرني إزارى فشده عليه حتى لا ينكشف جسده الشريف فشد عليه العباس وكانت قريش قد انفقت على ألا يدخل في بناءها إلا طيئاً، وكانوا يهابون هدمها فابتداً بها الوليد بن المغيرة المخزومي، فأخذ المoul، وقال اللهم لا نريد إلا الخير، ثم هدم ناحية الركنين، وقريش تنظر ماذا سوف يحدث له، لأنهم كانوا يهابون الكعبة، ولما لم يصبه شيء تبعه الناس في الهدم في اليوم التالي .. بعدما انتظرت قريش، وقالوا ننظر، فإن أصيب لم نهدم منها شيئاً، ورددناها كما كانت، وإن لم يصبه شيء فقد رضى الله ما صنعنا هدمنا^(٢) فأصبح الوليد من ليله غادياً على عمله، فهدم والناس معه حتى انتهى الهدم إلى قواعد إبراهيم، ثم أرادا الأخذ في البناء، فجزأوا الكعبة وخصصوا الكل قبيلة جزءاً منها، فجمعت كل قبيلة حجارة وأخذوا يبنونها وتولى البناء «بناء» قبيلة اسمه «باقوم» وظلا يقيمون البناء لأعظم بناء على وجه الأرض بناء الكعبة المشرفة قبلة الله في

(١) فقه السيرة، د/ محمد سعيد رمضان البوطي، ص ٧٣.

(٢) تاريخ الطبرى، تاريخ الأمم والملوک لابن جعفر محمد بن جرير الطبرى، المجلد الأول ص ٥٢٦.

أرضه، حتى وصل البناء إلى تمامه وهبته الأخيرة التي هي عليه، وعندئذ أرادوا وضع الحجر، وهنا وقع الخلاف وهذه هي القضية.

وبعد أن شاركت قريش بشئى قبائلها في بناء الكعبة، بعدما بدأها الوليد بن المغيرة في هدمها دون أن يصاب بأذى وشاركته في ذلك القبائل في الهدم حتى وصلوا إلى قواعد إبراهيم، ثم شاركت القبائل في البناء بعدما جمعوا الحجارة، وشارك الرسول ﷺ والعباس في جمع الحجارة كما تقدم، وكانت القبائل قد خُصصت لكل منهم جزءاً، أقامت كل قبيلة الجزء المخصص لها، حتى بلغ البناء تمامه واكتملت لبنياته، إلا موضع الحجر الأسود، فاختللت القبائل فيما يمتاز بشرف وضع الحجر في موضعه ومكانه، ولكن القبائل بعدما بلغوا بالبيان موضع الركن اختصموا فيه، كل قبيلة تريد أن ترفعه إلى موضعه دون الأخرى، حتى تجاوزوا وتحالفوا وتوعادوا القتال، واستمر التزاع طيلة أربع ليالٍ أو خمس.

ويتجلى موضوع القضية والنزاع هنا في وضع الحجر الأسود في موضعه في الركن اليهان، بعدما شاركت القبائل في تمام البناء واكتمال أركانه ولبناته، وأصبح الخلاف على كيفية وضع الحجر الأسود، ومن الذي سوف يضعه في موضعه، ومن الذي سوف ينال شرف ذلك .. نعم إن الأمر يستحق الصراع وإنه لشرف عظيم، فنحن الآن نرى كيف يتصارع الحجاج والمعتمرون على كيفية الوصول إليه، ذلك الحجر الذي أنزله الله ﷺ من الجنة .. ولذلك فإن الأمر يستحق أن تصارع القبائل على من سيكون له الشرف في وضعه في مكانه بعدما بلغ بناء الكعبة تمامه.

وهنا ظلت القبائل متربصة بعضها البعض مقبلة على حرب ضروس لا يعلم إلا الله مداها.

وبعد أن ارتضيت قريش بتحكيم من يدخل عليهم من باب المسجد والقصبة

المعروفة والتي تناولناها سلفاً.

وبعد أن قالوا هذا الأمين رضيناه حكماً، فهذا ما يقطع دلالة على أنه الأمين حقاً ..
وأن عنده ^{الحكم} ^{النحو} الصواب في القضية، وكان ذلك قبل بعثته أى قبل ما يوحى إليه
بخمس سنوات .. وقد رضوا بحكمه ^{النحو} وهو ما يقطع بأن حكم الرسول ^{النحو} حسم
النزاع بينهم، وأصبح حجة عليهم عند إنكارهم لدعوته ونبوته، واعتراضهم على
رسالته بعد ذلك.

ولما جاء حكم رسول الله ^{النحو} على هذا النحو فلقد كان حكماً دافعاً وحاسمًا للنزاع.
وننتقل الآن إلى المبحث الثاني.



المبحث الثاني

قضاء الرسول ﷺ بعدبعثة

رأينا كيف احتملت إليه قريش في وضع الحجر الأسود في موضعه، وكيف كان حكمه حاسماً للنزاع وكيف صار حجة عليهم جميعاً.. وكيف كان قضاوته هذا حجة على سادات قريش، ورجالاتهم، وشيوخهم جميعاً وهذا قبلبعثة، فهذا كان قضاوته صلحة بعدبعثته وبعد نزول الوحي إليه، وموافقته للأمين جبريل صلحة؟ لقد تنوّعت أقضيته التي شملت كافة مناحي الحياة الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية، والخربية.. وخلاف ذلك من أقضية متنوعة، متعددة ومتغيرة وأصبحت سوابق قضائية، يقتدى بها في حسم المنازعات والخصومات القضائية، وكيف كانت هذه الأقضية حجية قاطعة.

□ الرسول ﷺ أول قاضي في الإسلام:

إن من الأهداف الأساسية للرسالة الخاتمة وغاية بعث الحبيب محمد ﷺ إقامة الدولة الإسلامية، وذلك لإقامة العدل بين الناس، حتى يُرسى العدل ويؤمن كل إنسان على نفسه وعرضه وماله، وإذا ما تم إرساء قواعد الأمان وتحقيق مبادئ العدل والإنصاف. وهذا الهدف السامي من الرسالة الخاتمة والذي تحقق في قوله صلحة: **﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًاٍ** **إِلَيْنَاٰ مَعَهُمْ أَكْتَابٍ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾** [الحديد: ٢٥].

وأيضاً قوله صلحة: **﴿فَإِنْ تَنْزَعُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُقْرِنُونَ بِاللَّهِ وَأَلْيَوْرِمَ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾** [النساء: ٥٩].

والبين أن رسول ﷺ قد جمع الله له الرسالة والإمامية والقضاء والفتوى أي جمع الله له الولاية بأنواعها. فالرسول ﷺ كان يُبلغ الرسالة وكان يستمع إلى الخصومة ويقضى بين الخصوم فيستمع للدعوى وينظر في البينات والحجج ويحكم بمقتضى ما ظهر له من

الأدلة^(١). وهذا هو القضاء..

ولذلك قيل^(٢) أن رسول الله ﷺ الإمام الأعظم والقاضي الأحكم والمفتى الأعلم، فهو ﷺ إمام الأئمة وقاضي القضاة وعالم العلماء، فجميع المناصب الدينية فوضها الله ﷺ في رسالته، وهو أعظم من تولى منصبًا منها في ذلك إلى يوم القيمة، لذلك فإن الرسول ﷺ اجتمع له ما لا يجتمع لغيره من السلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية، لأن الرسالة التي أمر بتبليلها هي الرسالة العامة والخاتمة التي تفني بحاجات البشرية إلى يوم الدين.

ويتضح ذلك كله في قوله ﷺ لرسوله ﷺ: ﴿وَأَنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْكَ مِنَ الْكِتَابِ وَمَهِيمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَنَزَّعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ [المائدة: ٤٨].

وأيضاً قوله ﷺ: ﴿وَأَنَّ أَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَنَزَّعْ أَهْوَاءَهُمْ وَلَا حَدْرَهُمْ أَنْ يَقْسُطُوكُمْ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤٩].

وأيضاً قوله ﷺ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ يَحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ إِمَّا أَرَدْتَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِفِينَ خَصِيمًا﴾ [١٥] [النساء: ١٠٥].

وفي الإجمال ولمن تبع لأفضية الرسول ﷺ في عهده النبوى أن القضاء في عهده كان يأخذ عدة صور:

- ١- الرسول ﷺ يتولى القضاء بنفسه.
- ٢- الرسول ﷺ كان يعهد لأحد من الصحابة بالفصل في قضية معينة.
- ٣- الرسول ﷺ كان يبعث أحد الصحابة للولاية على بلد ويفصل في القضاء.
- ٤- الرسول ﷺ كان يولي أحد الصحابة الفصل في القضاء في غيابه.

(١) النظام القضائي في العهد النبوى، للأستاذ/ مناع القطان ص ١٨.

(٢) الإمام القرافي، في الفروق، الجزء الأول، ص ٢٠٥، ٢٠٦.

فكان الخصوم يتوجهون إلى رسول الله ﷺ ويعرضون عليه خصوماتهم فيستمع لحجتهم ويجتهد فيها ويخبرهم بالحكم .. فإن كان اجتهاده صواباً أقرَه الله على هذا الحكم .. وإن لم يكن كذلك أنزل الله عليه الوحي لينبهه إلى حكم الله فيها، هذا هو الدليل من كتاب الله ﷺ.

وكان الخصوم يرضون حكمه ويقوم المحكوم عليه بتنفيذ طوعاً دون حاجة إلى إجباره. وكان الرسول ﷺ شديد الميل إلى إصلاح ذات البين، فقد كان عليه الصلاة والسلام يقول: «ردوا الخصوم كى يصطلحوا» وهو منهج جليل أخذت به القوانين المعاصرة^(١). وقد كان رسول الله ﷺ يحكم بنفسه في كثير من القضايا التي كانت تعرض عليه. ومن ذلك ما رواه الإمام أحمد في مسنده عن أم سلمة .. هند زوج النبي ﷺ أنها قالت: جاء رجلان يختصمان في مواريث بينهما وليس بينهما بينة فقال رسول الله ﷺ «إنكم تختصمون إلى رسول الله، وأنما أنا بشر، ولعل بعضكم أحنُ بحجه من بعض، وإنما أقضى بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذنـه فإنما أقطع له قطعة من النار يأتـي بها اسـطاماً»^(٢) في عنقه يوم القيـامـة، فبكـى الرـجلـانـ وقالـ كلـ واحدـ منهاـ: حـقـيـ لـأـخـيـ، فـقـالـ رسـولـ اللهـ ﷺ أـمـاـ إـذـاـ فـقـومـاـ فـاـذـهـبـاـ فـلـتـقـسـمـاـ، ثـمـ اـسـتـهـمـاـ^(٣) ثـمـ لـيـحـلـ كـلـ وـاحـدـ منـكـمـ صـاحـبـهـ^(٤).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(١) التشريع والقضاء في الإسلام للمستشار أنور العمروسي ص ٤١، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة قطورة ص ٣٣.

(٢) أقطع له سطماً من النار أي قطعة منها، ويرى اسـطاماـ وهـيـ الحـدـيـدـةـ التـيـ تـحـرـكـ بـهـ النـارـ وـتـسـعـرـ أـيـ قـطـعـ لهـ ماـ يـسـعـرـ بـهـ النـارـ عـلـىـ نـفـسـهـ وـيـشـعـلـهـ أـوـ أـقـطـعـ لـهـ نـارـ مـسـعـرـةـ.

(٣) الاقتـامـ والـاستـهـامـ بـمـعـنـىـ أـنـ يـقـومـ بـالـقـسـمـةـ أـحـدـ الطـرـفـينـ، فـيـاـ يـقـومـ الـآـخـرـ بـاـخـيـارـ السـهـمـ الـذـيـ يـرـغـبـ فـيـهـ وـوـاـضـعـ أـنـ هـذـاـ أـسـلـوبـ يـجـعـلـ صـاحـبـ الـقـسـمـةـ حـرـيـصـاـ عـلـىـ الـعـدـلـ، لـأـنـ لـاـ يـعـلـمـ أـيـ السـهـمـيـنـ سـيـخـتـارـهـ الـطـرـفـ الـآـخـرـ.

(٤) القضاء في الفقه الإسلامي، د/ محمد رأفت عثمان ص ١٩، بلوغ المرام، باب القضاء، حديث ١٤١٧ ص ٢٨٨.

الفصل الثالث

التحكيم في عصر الخلافة الراشدة

كان منهاج عصر الخلافة الراشدة في التحكيم يطابق إلى حد كبير ما كان عليه زمن الرسول ﷺ وما بينها من فرق هو وجود الرسول بشخصه في العصر الأول، فكانت له السلطة الأخيرة للفصل في الأمور.

أما بعد انتقاله إلى الرفيق الأعلى، فقد انتقلت هذه السلطة إلى أحاديثه وما أثر عنه من سنة حفظت في صدور الناس وأذانهم.

ولقد وجدت في عصر الخلافة ثلاثة دوائر مستقلة كانت متزلاًها ومكانتها تفسيراً وشرحًا لمعنى قول الله ﷺ: (فَرِدُوا إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ) ^(١).

- أولاً: عامة أهل العلم الذين كانوا يعرفون كتاب الله كما كانوا على علم بأحكام رسوله ﷺ أي منهجه وسلوكيه وما أقره قولًا وعملاً. ولم يكن عامة الناس وحدهم يقصدونهم طلباً للفتوى في أمور حياتهم بل كان الخلفاء الراشدون أنفسهم يرجعون إليهم إذا احتاجوا إلى ضرورة العلم فيها إذا كان الرسول ﷺ قد أصدر في المسألة كذا وكذا حكمًا أم لا.

فها هو أبو بكر رض كان يقوم إلى المسلمين ليسأله عن سنته للرسول ﷺ في المسألة التي تعرض عليه ليقضي فيها.

إذا روى أحدهم أنه يعرف أن الرسول ﷺ حكم في مسألة معينة بحكم، قال أبو بكر - عندئذ - الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا ^(٢).

وكثيراً ما حدث أن قضى خليفة العصر برأيه في مسألة ما، ثم رجع عنه وأبدلها عندما

(١) الحكومة الإسلامية، أبو الأعلى المودودي ص ١٤٧، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة قطورة ص ٣٥.

(٢) التشريع والقضاء في الإسلام، المستشار أنور العمروسي ص ٨٢.

علم أن الرسول ﷺ قد أصدر فيها حكمًا آخر.

- ثانية: التحكيم يعني القضاء .. والقضاء يعني المحاكم التي أوضح سيدنا عمر بن الخطاب قوانينها وضوابطها في كتابه إلى القاضي شريح^(١).

حيث قال: (أما بعد .. إذا جاءك شيء في كتاب الله فاقضي به ولا يفتئك عن الرجال. فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فانتظر سنة رسول الله ﷺ فاقضي بها، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله ولم يكن في سنة من رسول الله فانتظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه من رسول الله ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أى الأمرين شئت أن تجتهد رأيك وتقدم. فتقديم وإن شئت أن تأخر فتأخر ولا أرى التأخير إلا خيراً لك).

وقد يكون المقصود بالتأخير هنا أحد أمرين: إما أن يتظر القاضي مدة ليرى ما إذا كانت أية محكمة أخرى قد فصلت في هذا الأمر من قبل، أو أن يرفع القاضي هذه المسألة إلى الهيئة الثالثة وهو (أولو الأمر) بدلاً من الحكم فيها بنفسه^(٢).

ولم تكن هذه المحكمة سلطة الفصل في المنازعات التي تنشب بين العامة وحدهم فحسب بل كانت تستمع أيضًا إلى دعاوى الناس ضد السلطة التنفيذية وتحكم فيها ولا يستثنى من المثال أمامها أحد حتى ولو كان والي الإقليم أو الخليفة نفسه.

- ثالثًا: أولو الأمر: يعني الخليفة ومجلس الشورى وهم آخر سلطة كانت تشاور فيما بينها وتقرر ما هو الحكم القاطع في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ بصدق ما يعرض للمجتمع من منازعات وما هو الأسلوب الأمثل في علاج ما لم يرد فيه حكم من الكتاب أو السنة.

(١) الفاروق عمر بن الخطاب (ثاني الخلفاء الراشدين) محمد رضا ص ٦١.

(٢) الحكومة الإسلامية للمودودي ص ٢٤٩.

وبالرغم من أن السلطة النهائية الفعلية في عصر الخلافة الراشدة كانت لأولى الأمر وحدهم، إلا أنهم كانوا يسلمون من الناحية القانونية بأن كتاب الله وسنة رسوله هما الفيصل والحكم النهائي. وكان المجتمع الإسلامي يطبع سلطتهم مطمئناً إلى أنهم لم ولن يحيدوا في أحكامهم عن اتباع القرآن والسنة.

وما سبق يتضح أن جهاز الحكم في الخلافة الراشدة كان قائماً على أساس معاهدة يطبع الخليفة فيها الله ورسوله، فتطبيع الأمة الخليفة، وقد أعلن ذلك في أول يوم ولدت فيه الخلافة بعد وفاة الرسول ﷺ حينما أعلن أبو بكر الصديق ﷺ في خطبته عند الخلافة (أطيعونى ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم). وكذلك كان عمر يرى أن الحكم ثقيلاً ومسئولة جسمية فعليه أن ينظر في أمر رعيته وينصفهم ولا يظلمهم شيئاً ويتبين ذلك من قوله (إِنَّمَا عَامِلُ لِي ظَلَمَ أَحَدًا فَبَلَغْتَنِي مَظْلَمَتُه فَلَمْ أَغْيِرْهَا فَإِنَا ظَلَمْنَاهُ).

وإن الناس إنما يقتدون بحكامهم ورؤسائهم فإن أساء الحاكم أساء المحكومون وإن أحسن أحسنوا^(١).

ونذكر هنا من وقائع التحكيم المشهورة في عصر الخلافة الراشدة مما لم يرد ذكره فيما بعد، تحكيم علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان في واقعة صفين أبا موسى الأشعري وعمرو بن العاص^(٢).

(١) الفاروق عمر بن الخطاب (ثاني الخلفاء الراشدين)، محمد رضا، ص ٧١، دار الكتب العلمية.

(٢) عقد التحكيم، د/ الدورى المرجع السابق ص ٤٩، ٥٠.

(٣) علي بن أبي طالب بن عبد المطلب، ابن عم النبي ﷺ وختنه، قاضي الأمة وفارسها، شهد له ﷺ بالجنة، رابع الخلفاء الراشدين، الفقيه الجليل والمناقب الكبرى، استشهد سنة ٤٠ هـ الاستيعاب جـ ٣ ص ٢٦، والإصابة جـ ٢ ص ٥٠٧، وتاريخ الخلفاء للسيوطى ص ١٦٦، وأسد الغابة جـ ٤ ص ١٦، وطبقات الفقهاء للشيرازى ص ٤١، وتذكرة الحفاظ جـ ١ ص ١٠.

□ التحكيم إثر معركة صفين^(١):

حين تسلّم الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه زمام الأمور بعد مقتل عثمان رضي الله عنه، بادر إلى عزل الولاة الذين ولاهم عثمان قبل أن تصل إليه بيعة الأنصار، لأنهم كانوا بنظر الإمام علي مثار الفتنة وخروج الثوار عليه. ولم يأخذ الإمام علي نصح عبد الله بن عباس والمغيرة بن شعبة له بعدم عزّلهم إلى أن تستتب الأمور.

وقد أذعن جميع الولاة وانصرفوا عن ولاياتهم، إلا معاوية بن أبي سفيان الذي كان والياً على الشام منذ أيام عمر وعثمان رضي الله عنهما، والذى استطاع أن يكون حزيناً قوياً، لما كان يمده بالأرزاق والأعطيات^(٢).

= معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية، أبو عبد الرحمن الأموي، أسلم يوم الفتح، وقيل قبل ذلك، من كتاب الوحي، روى عن النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه وعن أبي بكر وعمر وأخته أم حبيبة، وروي عنه جرير بن عبد الله البجلي وأبن عباس وأخرون. ولاه عمر بن الخطاب الشام بعد أخيه يزيد، فأقره عثمان مدة ولايته. ثم ولى الخليفة. قال ابن إسحاق: كان معاوية أميراً عشرين سنة وخلفه عشرين سنة، مات سنة ٦٠ هـ بهذيب التهذيب ج ١٠ ص ٢٠٧، وتقريب التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩، وتهذيب الجنان واللسان عن المحظور والشوه بطلب سيدنا معاوية لابن حجر البهقي، وأسد الغابة ج ٤ ص ٣٨٥، وتاريخ الخلفاء للسيوطى ص ١٩٤.

أبو موسى الأشعري: هو الصحابي الجليل عبد الله بن قيس، أسلم بمكة، وهاجر إلى الحبشة، ولاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه البصرة، فافتتح الأهواز، واستعمله عثمان على الكوفة، مات بمكة، وقيل بالكوفة سنة ٤٢، وقيل غير ذلك، وهو أحد الحكمين اللذين ولاهما على معاوية، كان من أجلاء فقهاء الصحابة. طبقات الفقهاء للشیرازی ص ٤٤، الاستیعاب ج ٤ ص ١٧٣، والإصابة ج ٢ ص ٣٥٩.

عمرو بن العاص بن وائل السهمي، القرشي، أبو عبد الله: هو أحد دهاء العرب، أسلم سنة شهان قبل الفتح، أمره النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه على سرية نحر الشام، واستعمله على عمان، ولاه عمر فلسطين وفتح مصر وولاه عليها، وأقره عثمان عليها ثم عزله، وأعاده معاوية إلى ولاية مصر بعد أن كان إلى جانبه بالتحكيم في صفين، توفي بالقاهرة سنة ٤٣ هـ.

(١) صفين: موضع بقرب الرقة على شاطئ الفرات من غربها مراصد الإطلاع ج ٢ ص ٨٤٦.

(٢) تاريخ الإسلام السياسي - حسن إبراهيم حسن ج ١ ص ٣٦٨، محاضرات في تاريخ الأمم الإسلامية للخضري ج ٢ ص ٥١ - ٥٢.

□ الأسباب التي دعت معاوية إلى عدم مبايعته الإمام علياً هي:

- ١- أنه لم يُستئن في عقد البيعة للإمام، وهو من أعاظم قريش، ومن أكبر الولاة، وتحت إمرته ما لا يقل عن مائتي ألف من الجندي.
- ٢- أنه أتهم الإمام بأنه مشترك بقتل عثمان، لأنه آوى في جيشه من قتله، ولم يأخذ القصاص من أحد منهم، ولأن أول من ندب الإمام علياً للخلافة هم قاتلوا عثمان.
- ٣- أن كثيراً من الصحابة رفضوا بيعة الإمام علي^(١).

أعلن معاوية لأهل الشام عدم مبايعته للإمام علي، ووضع لهم على المبر قميص عثمان الذي قتل فيه مخصوصاً بالدم، وأصابع زوجته نائلة^(٢) معلقة فيه، فبكى أهل الشام، وجهزوا جيشاً منهم، وبايعوا معاوية على الموت، أو يقتلوا قتلة عثمان^(٣)، وأجمعوا على قتال الإمام علي، وقالوا: إن علياً قتله، وآوى قتله، فإذا ما أنيقتلهم أو يقتلوا^(٤).

فعلم بذلك الإمام علي، وجرت بينهما مراسلات لم تُثمر^(٥).

فسار علي من الكوفة إلى صفين على الفرات في تسعين ألفاً، وسار معاوية من الشام في خمسة وثمانين ألفاً^(٦).

(١) محاضرات في تاريخ الأمم الإسلامية ج ٢ ص ٦٨.

(٢) نائلة بنت الفرافصة بن الأحوص الكلبية. امرأة عثمان بن عفان، كانت خطيبة شاعرة شجاعة حلت إلى عثمان من بادية السهارة، فتروجها وأقامت معه في المدينة، وحين داهم قتلة عثمان داره، وضع أحدهم ذباب سيفه في بطنه: أمسكت نائلة السيف فحز أصابعها. وقتل عثمان، فخرجت تستغيث وخطبت في الناس، وأرسلت إلى معاوية بالشام قميص عثمان مضرجاً بالدم وبعض أصابعها المقطوعة مع النعسان ابن بشير، ولما سكنت الفتنة خطبها معاوية بن أبي سفيان فألح عليها فقلعت تبتهما، وبعثت بها إليه، فأمسك حيتذعنها. المخبر ص ٣٩٦ و ٢٩٤، والأعلام ج ٧ ص ٣٤٣.

(٣) الكامل في التاريخ لابن الأثير ج ١ ص ٢٧٧.

(٤) تاريخ الطبرى ج ٥ ص ٥ وما بعدها.

(٥) البداية والنهاية ج ٧ ص ٢٦١، مروج الذهب للمسعودي ج ٢ ص ٣٧٥.

وبعدها اشتعلت نار الحرب بين الفريقين أيامًا. حتى إذا أشرف جند الإمام علي على النصر، تشاور معاوية وعمرو بن العاص في رفع المصاحف على الرماح، فرفعت، وقال قائلهم: «هذا كتاب الله بِكُلِّ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ، مَنْ لَثَغَرَ أَهْلَ الشَّامَ بَعْدَ أَهْلِ الشَّامِ، مَنْ لَثَغَرَ أَهْلَ الْعَرَاقَ بَعْدَ أَهْلِ الْعَرَاقِ؟».

فلم يرأ الناس المصاحف قد رُفِعَتْ، قالوا: نجيب إلى كتاب الله بِكُلِّ وَنَذِيبِ إِلَيْهِ. وأراد معاوية أن يفت في عضدهم، ويفل جمعهم ليكفوا عن مواصلة الحرب فقال الإمام علي لهم: ما رفعوا المصاحف لكم إلا خديعة وهاً ومحكمة، فقالوا له ما يسعنا أن نُدعى إلى كتاب الله بِكُلِّ فَنَبَىَ أَنْ نَقْبِلَهُ. وقال رجالهم: يا علي أجب إلى كتاب الله بِكُلِّ إِذْ دُعِيْتَ إِلَيْهِ، وَإِلَّا نَدْفَعُكَ بِرَمَّتِكَ إِلَىَ الْقَوْمِ.

- وجاء في عقد التحكيم للدكتور الدوري ما هو نَصْهُ^(١):

وطلبوه منه أن يبعث إلى الأشتر، ليترك القتال، فأرسل إليه .. فقال الأشتر للرسول: قل له ليس هذه الساعة التي يبغى لك أن تزيلنى فيها عن موقفى، إنى رجوت أن يفتح لي فيها، فلا تعجلنى.

فرجع الرسول يزيد بن هانيء بالخبر، فقال له القوم: والله ما نراك إلا أمرته أن يقاتل .. فابعث إليه فليأتك وإنما الله اعترضناك، فقال علي للرسول: وبحكم يا يزيد قل له: أقبل إلى، فإن الفتنة قد وقعت^(٢).

(١) عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) تاريخ الطبرى ج ٥ ص ٤٩ - ٥٠.

الأشتر: مالك بن حارث بن عبد يغوث النخعى: ذكر البخارى أنه شهد خطبة عمر بالخابية، شهد اليرموك فذهبت عينه، وكان رئيس قومه، روى عن عمر وخالد بن الوليد وأبي ذر وعلى وشهد معه الحمل وصفين. ذكر ابن سعد: أنه من ألب على عثمان وشهد حصره. مات سنة ٣٨ هـ وقيل سنة ٣٧ هـ الإصابة حـ ٣ ص ٤٨٢، وتقريب التهذيب ج ٢ ص ٢٢٤.

فلم يسعه إلا المجنى وترك ساحة القتال.

فأرسل على الأشعث بن قيس إلى معاوية يستطلع رأيه، فقال له معاوية: لنرجع نحن وأنتم إلى ما أمر الله به في كتابه: تبعثون منكم رجلاً ترضون به، ونبعث منا رجلاً، ثم نأخذ عليهما أن يحملها في كتاب الله لا يدعوانه، ثم نتبع ما اتفقنا عليه.

فقال له الأشعث هذا الحق. فانصرف إلى عليٍّ، فأخبره بالذى قال معاوية.

فقال الناس: فإنما قد رضينا وقبلناه، فاختار أهل الشام عمرو بن العاص، واختار الأشعث والذين صاروا خوارج فيما بعد أباً موسى الأشعري^(١).

فاجتمع الحكام بدومة الجندي، فكتبوا عقد التحكيم في الأربعاء /١٣ صفر /٣٧ هـ.

على أن يوافى عليٍّ ومعاوية موضع الحكمين بدومة الجندي في شهر رمضان - بعد ثمانية أشهر - ومع كل واحد منها أربعينات من أصحابه^(٢).

ولما حان موعد اجتماع الحكمين في رمضان بعث على أربعينات رجل عليهم شريح بن هانئ الحارثي، وعبد الله بن عداس يصلى بهم ويلى أمرهم وأباً موسى الأشعري معهم.

وبعث معاوية بن أبي سفيان عمرو بن العاص في أربعينات من أهل الشام واجتمع الحكام، وكتب صحيفة ذكر المسعودي أنه خلع معاوية وعليها فيها وأن المسلمين يولون عليهم من أحبوا^(٣).

(١) تاريخ الطبرى ج ٥ ص ٥١.

(٢) تاريخ الطبرى ج ٥ ص ٥٧ و ٥٩.

ودومة الجندي: حصن على سبع مراحل من دمشق، بينها وبين المدينة/ معجم البلدان ج ٢ ص ٤٨٧، ومراسد الإطلاع ج ٢ ص ٥٤٢، هامش قطحان الدوري ص ٥٥.

(٣) مروج الذهب ج ٢ ص ٤٠٠ - ومحاضرات في تاريخ الأمم الإسلامية ج ٢ ص ٧٢، وتاريخ الإسلام السياسي ج ١ ص ٣٧٤، عزة قطورة، المراجع السابق ص ٤١.

وهذا التحكيم لم يقع فيه خداع ومكر وغفلة، إذ إن الطرفين قد اتفقا على ترك النظر في إمامية المسلمين إلى كبار الصحابة، فلم يغلب عمرو أبو موسى، ولم يقرر في التحكيم غير الذي قرر أبو موسى ولم يخرج عما اتفقا عليه معاً.

ولكن هذا التحكيم لم ينفع شيئاً، إذ لم يكن من وراء الحكمين قوة من المسلمين تستطيع تنفيذ حكمهما، فبقي الخلاف بين الطرفين، وبقى الإمام علي خليفة المسلمين، ومعاوية أمير الشام. وثبتت ركن معاوية لم يكن بالتحكيم، بل كان يعود إلى تمسك جيشه، وتفانيه في نصرته، وتفرق جيش على وخروج الخوارج عليه.

وحين انتهى التحكيم بهذه الصورة عزم الإمام علي على العودة إلى الحرب مع معاوية والمسير إلى الشام، فجاءه خبر خروج الخوارج عليه^(١).

وخلاصة القول هنا .. يتضح لنا مما تقدم أن الإمام علياً ومعاوية ومعهما جموعهما من الصحابة والتابعين ~~هذا~~ اتفقا في بداية الأمر على تحكيم حكمين اثنين يرددان هذا الأمر إلى كتاب الله.

فيعتبر هذا الإجماع دليلاً على أن التحكيم في الأصل سبيل ~~الأخذ~~ حل النزاع بين الخصوم في عهد الخلافة الراشدة.

ويطيب لنا في هذا الفصل «التحكيم في عصر الخلافة الراشدة» أن نتناول بعض الأقضية والمناهج في كثير من مناحي الحياة المختلفة .. والتي ظلت نبراساً للبشرية جماء وحتى يومنا هذا.. ذلك لكونها كانت من هدى كتاب الله وسنة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.



(١) تاريخ الإسلام السياسي ج ١ ص ٣٧٥، د/ قحطان الدوري ص ٦٠.

المبحث الأول

حججية أقضية الإمام علي في عصر الخلافة الراشدة

كان أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليهما السلام من علماء الصحابة الكبار حيث لزم النبي عليهما السلام وهو ما جعله يقول عليهما السلام في جموعه للقرآن: أليست بيمن أن لا أرتدي برداي إلى الصلاة حتى أجمع القرآن^(١).

وهو في ذلك يقول ﷺ: ما دخل النوم عيني، ولا غمض رأسى على عهد رسول الله ﷺ حتى علمت ما نزل به جبريل ﷺ من جلال أو سنته أو كتاب أو أمر أو نهى وفيمن نزل^(١)، وكان ﷺ يتلقى النص مباشرةً من رسول الله ﷺ، فلقد كان عالماً ربانياً كما جاء فيها رواه الحافظ أبو نعيم عن كُميل بن زياد قال: أخذ عليّ بن أبي طالب ﷺ ييدي فأخرجني إلى ناحية الجبان - يعني الصحراء - فلما أصحرنا جلس، ثم تنفس، ثم قال: يا كُميل بن زياد، القلوب أوعية فخيرها أو عاها للعلم، إحفظ ما أقول لك: الناس ثلاثة: عالم رباني، ومتعلم على سبيل النجاة، وهمج رعاعٌ يتبعون كل تأعق، يميلون مع كل ريح، لم يستطعوا بنور العلم، ولم يلحوظوا إلى ركن وثيق^(٢).

حقاً كان للإمام على ركن ركن إلية كبراء الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين
من أمثال أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنه أجمعين.

ومن هنا كانت مرجعية الصحابة في كل ما أشكل عليهم إلى الإمام علي عليه السلام. ولنا هنا أن نبين في عُجالة بعض تطبيقات أفضيته عليه السلام. وما قضى به فيها أشكل على الصحابة ورجعوا في ذلك إليه عليه السلام. وذلك على النحو التالي.

(١) الطبقات الكري - لابن سعد ج ٢ ص ٣٣٨.

(٢) سنن الإمام زيد ص ٣٤٣ نقلًا عن - منهاج علي بن أبي طالب في الدعوى - مشار إليه في أنسى المطالب في سيرة أمير المؤمنين علي بن أبي طالب كتم الله وجهه - ج ١ ص ٢٤١.

(٢) حلية الأولياء - ج ١ ص ١٧٥، صفة الصفة - ج ١ ص ٣٣٢٩.

» المطلب الأول «

» حجية قضاء الإمام علي بن أبي طالب في خلافة أبي بكر «

إن عصر الرسالة كان له الأثر الكبير في النقوص وكان أثر الإيمان العامل الفعال للقدرة على العفو والصفح والتزام كل منهم بحقه دونها اعتداء على حقوق الآخرين. ولما كان عهد الصديق تجلّي أهميته لصلته الوثيقة بالعهد النبوى الشريف، وأن امتداد القضاء في العهد النبوى وتنوعه في زمن الخلافة شديد التأثير بالقضاء في العهد النبوى .. وهو ما جعل أبا بكر يقضي بنفسه إذا عرض له القضاء ولم يفصل ولاية القضاء عن الولاية العامة في عهده، ولم يكن للقضاء ولاية منفصلة كما كان الأمر في عهد رسول الله ﷺ، إذ كان الناس على مقربة من عصر النبوة، يأخذون أنفسهم بعهدي الإسلام، وتقوم شريعتهم وحياتهم على شريعته، لذا فقد عهد أبو بكر إلى عمر بالقضاء في المدينة ليستعين به في بعض الأقضية، ولكن هذا لم يعط عمر بن الخطاب صفة الاستقلال بالقضاء^(١).

- تعددت أقضية الإمام علي بن أبي طالب في خلافة الصديق وتناول منها:

□ قضاوته في أعظم الذنوب:

[١] أن ما رواه الثقات عن الإمام جعفر الصادق عليه السلام قال: بينما أمير المؤمنين علي في ملأ من أصحابه إذ جاءه رجل فقال: إني وقعت على غلام فجئت إليك أسائلك أن تطهري يا أمير المؤمنين؟

وبعد أن هدأت العاصفة في صدر الإمام توجه بالحديث إلى هذا الرجل .. فقال له: يا هذا أعد إلى منزلك لعل سوء فرجك هاج بك فأوقعك في هذا البلاء المبين، ولم يسع

(١) وقائع ندوة النظم الإسلامية - أبو ظبي (٣٦٦، ١) مشار إليه في تاريخ الخلفاء الراشدين - د/ على محمد محمد الصلايبي، الانسراح ورفع الضيق بسيرة أبي بكر الصديق، ص ١٧١.

الرجل إلا أن رجع إلى منزله، ولكنه عاد إليه يطلب إليه أن يظهره. فقال عليه عليه عليه: أن نظهرك مما اقترفته يقتضي أحد أمور ثلاثة:

(أ) أن يضرب عنقك بالسيف ضربة بالغة ما بلغت.

(ب) أو نقذف بك من شاهق جبل مشدود اليدين والرجلين.

(ج) أو أن تحرق بالنار.

فاختر أيهن شئت .. ولكن الرجل سأله أمير المؤمنين أى الثلاثة أبلغ أذى وأشد إيلاماً؟ فأجابه عليه عليه عليه: الحرق بالنار هو الأبلغ الأشد، فقال الرجل: فإني قد اخترت هذا على ما سواه فطهرني به رضي الله عنك.

.. واستعد الرجل لذلك .. ثم قام يبكي حتى جلس في الحفرة التي حفروها له، وهو يرى النار تتأجج ولم يتهم ذلك أمير المؤمنين أن بكى ويبكي معه أصحابه ثم قال للرجل: يا هذا إنك أبكىت ملائكة الله في سمائه وأرضه، وإن أرى بذلك لك توبة .. فقم وإياك أن تعاود شيئاً مما قلت، والله غفور رحيم.

وهنا نرى أن الإمام عليه عليه عليه قد رأى أن ذلك عفو كبير من يملك المقدرة عليه، لقد رأى الإمام أن المذنب تاب توبة خالصة لله، بل إن حاله كان أشبه بحال أهل النار في الآخرة، فعفا .. وهو بهذا العفو الجميل قد مضى به على صراط النبي عليه عليه عليه المستقيم.

【٢】 وكان من أول ما قضى به الإمام بعد انتقال الرسول عليه عليه عليه إلى الرفيق الأعلى: كان قضاء الإمام في خلافة أبي بكر الصديق لم يقضى به أحدٌ بعد انتقال رسول الله عليه عليه عليه إلى الرفيق الأعلى وبعد ما أفضى الأمر إلى أبي بكر.

وثبت هذا فيما رواه الكليني مسندًا عن الصادق^(١) قال: قضى أمير المؤمنين علي بقضية

(١) علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حاكماً وفقيرها - للدكتور حامد جامع - الجزء الثاني من آثار الإمام العلمية والفقهية - وفق رواية جاء لنظرها - جرى إليه برجل شرب الخمر - في نتاري وأقضية وأحكام الإمام على للأستاذ عرفات القصبي قرون - ص ٦٢ وما بعدها - حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - بحث مقدم من الباحث / المهدى إبراهيم منصور شلبي ليل درجة الدكتوراه في الحقوق سنة ٢٠٠٧.

ما قضى بها أحد قبله، وكانت أول قضية قضى بها بعد وفاة رسول الله ﷺ وأفضى الأمر إلى أبي بكر الصديق.

أتى رجل قد شرب الخمر^(١). فقال له أبو بكر: هل شربت الخمر؟ فقال الرجل لقد أسلمت يا خليفة رسول الله ومنزلي بين ظهراني قوم يشربون الخمر ويستحلونها ولو علمت أنها حرام لاجتنبها، فالتفت أبو بكر عليه السلام قائلاً له: ما يقول يا أبي حفص في هذا الرجل؟ فقال عمر: معضلة ليس لها إلا أبي الحسن.

فدعى أبو بكر بغلام له، أمره أن يذهب إلى الإمام فيدعوه إليه، غير أن عمر عليه السلام قال: يؤتني الحكم في منزله، ثم قام ومعه أبو بكر عليه السلام ومعهما سليمان الفارسي، فأخبروا الإمام بقصة الرجل فقام عليه السلام لأبي بكر عليه السلام. أبعث مع الرجل من يدور به على مجالس المهاجرين والأنصار، فمن كان قد تلا عليه آية تحريم الخمر فليشهد عليه، فإن لم يكن من يشهد عليه بذلك فعليهم أن يتلوا عليه آية التحريم ثم لا شىء عليه بعد.

ففعل أبو بكر ما أشار به عليه الإمام، ولكن أحداً لم يشهد عليه فخلى سبيله الإمام. وهنا أخذت سليمان الفارسي عليه السلام الغيرة على الإسلام فقال: لقد أرشدتم وકأنه إنما أراد أن يعرض على قضاء الإمام فقال عليه السلام: إنما أردت أن أجدد تحجيد هذه الآية في دينهم ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَفْرُ وَالْبَيْسُرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ يَرْجِسُونَ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَنِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَقْلِبُوهُنَّ﴾ ١٠ إنما يُرِيدُ الشَّيْطَنُ أَنْ يُوَقِّعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدُّكُمْ عَنِ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ١١

ثم توجه الإمام موجهاً خطابه بعد قضائه وتلاوة آية الخمر إلى سليمان ومن معه بأن تل عليهم قوله عليه السلام: ﴿أَفَنَ يَهُدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَدٌ أَنْ يَتَبَعَّ أَمْنَ لَا يَرْدِي إِلَّا أَنْ يَهُدِي فَمَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ ﴾ ٢٥ [يونس: ٣٥].

(١) قضاء أمير المؤمنين على كرم الله وجهه ص ٥٢.

وقد فعل أبو بكر بالرجل ما قال به الإمام علي عليه السلام، فلم يشهد عليه أحد، فعندئذ خلى سبيله ولقد رواه الخاصة والعامة^(١).

ومن هنا نجد أن خليفة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أبو بكر الصديق أثند قضاة أمير المؤمنين علي عليه السلام وأعمل حجية قضائه وكان أول قضاء بعدهما قبض رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكان في خلافة أبي بكر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

هذه هي بعض التطبيقات من أقضية الإمام علي عليه السلام في خلافة الصديق أبو بكر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. ولا يفوتنا أن نذكر ما قاله الإمام علي عليه السلام وهو يرثي ثانى اثنين عليه السلام حين وقف بعد وفاته فقال:

«رحمك الله أبو بكر - كنت والله أول القوم إسلاماً .. وأخلصهم إيماناً .. وأشدهم يقيناً .. صدقت رسول الله حين كذبه الناس .. وواسيته حين تخلوا .. وقمت معه حين قعدوا .. كنت والله للإسلام حصناً، وللكافرين ناكباً .. لم تهن حجتك .. ولم تضعف بصيرتك .. ولم تُحبِّن نفسك .. كنت والله ما قال الرسول فيه .. ضعيفاً في بدنك قوياً في دينك .. متواضعاً في نفسك .. فلا حرمنا الله أجرك .. ولا أضلنا بعدهك..!!».



»المطلب الثاني«

»أقضية الإمام علي عليه السلام في خلافة الفاروق عمر بن الخطاب صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ« في خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، تألقت ملائكة الإمام علي عليه السلام القضائية تألقاً رائعاً وعظيماً، وتفجرت قدرته الفقهية عن اجتهادات مبتكرة وغير مدركة ولا مسبوقة فيها جد من وقائع وأحداث، وبدت أفكاره العلمية واضحة جلية، فلقد كان المجال

(١) قضاة الإمام علي كرم الله وجهه (قضاة أمير المؤمنين) ص ٥٣.

(٢) خلفاء حول الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المفكر الإسلامي للمرحوم خالد محمد خالد ص ٤٣٥.

العلمي هو المتنفس لطاقات عليٍ وقدراته.

وقد أثر عن عمر قوله: لا يفتى أحد وعلى حاضر في المسجد^(١). و قوله يا ابن أبي طالب ما زلت كاشفَ كل شبهةٍ و مُوضِّحَ كل حكم^(٢).

ولقد أولى عمر علياً ثقته و تأييده، و عرف له مكانته السامية في الفقه و القضاء، فكان يستشيره، و يكل إليه القضاة في المعضلات، فإذا مضى فيها ولو على خلاف رأي عمر، فكان عمر عليه السلام يعمل قضاء علي عليه السلام و ينفذ حجيته، ولقد قال عمر في تواضع و صدق و نقاه، لو لا علي عليه السلام هلك عمر، بل كان عمر يسعى إلى علي في بيته و معه الخصوم ليقضي بينهم و يقول: في بيته يؤتى الحكم.

فقد كان عليٌ هو المرجع و المرجعية الكاملة في الفصل في القضاء و التحكيم بين الناس .. و سوف يكون المرجعية الكاملة لكل من يعمل بالقضاء لمن أراد القول الفصل و الحكم العدل بين المתחاصمين على مر العصور بما يعرض عليه من قضاء، إذ إن قضاء الإمام علي عليه السلام أصبح سوابق قضائية يجب إعمال حجيته و يجب إعمالها وإنفاذ حجيتها، ذلك لأن قضاء علي عليه السلام يُبني على أساس مكتسبة من النصوص، و روح التشريع و سلامته فطته و عمق نظرته، و حسن الاستنباط، و مرجعية قضاياه من ملازمته للحبيب عليه السلام.

□ قضاوه في «النبي»:

إن من أقضية الإمام علي عليه السلام و في خلافة عمر بن الخطاب عليه السلام لما جاء ببنات يزدجرد ملك فارس، وهذا ما يرويه الزمخشري في ربيع الأبرار^(٣): فيقول يرحمه الله، لما جئ إلى المدينة بسببي فارس في خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب كان من بين هذا النبي

(١) على بن أبي طالب رضي الله عنه حاكماً و فقيهاً. د/ حامد جامع، الجزء الثاني ص ٥٦.

(٢) تاريخ القضاء ص ١١٢، تلأ عن كثر العمال في سنن الأقوال والأفعال ج ٥ ص ٤٩٨.

(٣) قضاء الإمام علي - الفتاوى والأقضية والأحكام ص ٦١.

ثلاث بنات ليزدجرد. فأمر عمر رض ببيع البنات الثلاث، فقال الإمام علي رض: ليس كذلك يا أمير المؤمنين، يريد أن يقضى فيهن، فقال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، وما الأمر يا أبو الحسن: فقال الإمام علي رض: إن بنات الملوك لا يعاملن معاملة غيرهن من بنات السوق.

فسأله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رض: كيف الطريق إلى العمل معهن يا أبو الحسن. فقال رض: يقومن يا أمير المؤمنين ومعهن مبلغ ثمنهن قام به من يختارهن. فأعمل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رض قضاء الإمام علي رض فقومهن، ثم دفع بواحدة لعبد الله بن عمر، ودفع بالثانية إلى محمد بن أبي بكر، ودفع بالثالثة إلى الحسين، على أن يكون البنات الثلاثة زوجات لأكفاءهن من العرب، فولدت زوجة الحسين علياً زين العابدين.

وبذلك نرى أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أنفذ قضاء علي رض وأعمل حجية هذا القضاء.

وهذا قضاء من يعرف فضل الناس وشرف كل طبقة، فينزل كل على منزلته، فقد عامل علي رض أولاد الملوك بأشراف العرب، وذلك من حسن القطن والطوية في قضاءه.

□ قضاء الإمام علي رض في «العفو عن العقوبة»:
 جاءه رجل رض فأقر بالسرقة فقال له الإمام: أتقرأ شيئاً من القرآن؟ قال الرجل: نعم أقرأ سورة البقرة. قال الإمام لقد وهبت يدك لسورة البقرة!
 فلم يلقي قضاوه هذا عند الأشعث الكندي قبولاً، فقال الأشعث الكندي: أتعطل حدّاً من حدود الله يا أمير المؤمنين؟
 قال الإمام: وما يدريك ما هذا، إن البينة إذا قامت فليس لأمير أن يغفو، ولكن إذا

أقر الرجل على نفسه فذاك إلى الإمام: إن شاء عفوا وإن شاء قطع. وتلك سنة سنها الإمام علي لولاة الأمور، فإن للوالي أن يغفو عن المقر إذا رأى في العفو مصلحة عامة للناس، وأن يقيم الحد إذا ما توافرت البينة وهذا مبدأ قضائي هام وممشور.

وهو ما أقره أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رض وكان له حجته وأعمل أثره ووجب على القضاة إعمال هذه الحجية باعتبار أن هذه سابقة قضائية يجب إعمال حجيتها كلما توافرت شروطها.

□ قضاء الإمام «في الطمث يغلب الدم»:

إن من أقضية الإمام علي رض ورضي عنه ما يذكره الثقات عن الإمام جعفر الصادق^(١) حيث قال: إن رجلاً أتى بامرأة إلى عمر فقال: يا أمير المؤمنين هذه امرأتي وهي كما ترى سوداء وأنا أسود، وقد ولدت غلاماً أبيض. فالتفت عمر إلى الحاضرين قائلاً له: ما ترون؟ قالوا: نرى أن نرجمها. أمر عمر أن ترجم وفيها هي في الطريق إلى الحفرة أقبل الإمام علي رض فحدثوه بها أمر به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رض وأرضاه، فقال الإمام علي للأسود: أتتهم امرأتك، قال الرجل: لا. فمضى الإمام يسأل حتى قال: هل أتيتها وهي طامثة؟ قال الرجل: لقد قالت لي في ليلة أنني طامث، فظننت أنها تتقى البرد فووّقعت عليها. فتوجه الإمام للمرأة بالسؤال قائلاً لها هل أتاك وأنت طامث؟ قالت: نعم. وسألها إني قد فرجت عليه ورأيت أن أطاوّعه، قال الإمام: إنطليقاً والمولود إينكما، وإنما غلب الدم لنطفه^(٢). نعم القضاء يا إمام وصدق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لولا علي هلك عمر.

(١) فتاوى وأقضية وأحكام الإمام علي للأستاذ/ عرفات القصبي قرون ص ٦٨.

(٢) قضاء أمير المؤمنين - للعلامة المحقق الشيخ/ محمد تقى التستري ص ٤٣.

□ قضاء الإمام علي عليه السلام في «الوطء الخطأ»:

ومن قضاء الإمام في خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب عليه السلام هذا القضاء: «إن امرأة حرة تزَّيَّت بزَيِّ الإمام، ثم راحت تلتَّمِس رجلاً كانت تريده، وما زالت به حتى واقعها معتقداً أنها جاريته، فلم يتبيَّنها والرغبة جامحة والظلم شديد. فلما رفع أمرهما إلى أمير المؤمنين عمر عليه السلام أُرسِل إلى الإمام علي عليه السلام يستفتنه فقال له الإمام علي الحكم عندي: أن أضرب الرجل حداً في السر، وأضرب المرأة حداً في العلانية»^(١). وذلك هو عين اليقين والصواب للقضاء. فالرجل أتى المرأة جاهلاً حقيقتها، ولعله راقبها معتقداً أنها جاريته، فلا ضرورة في تلك الحال للتشهير به، فكما واقع سرّاً يجلد سرّاً، أما المرأة قد احتالت إلى هذه المواقعة بكل غرائزها فحق عليها الحد في العلن. نعم القضاء يا إمام، ولذلك نفذه أمير المؤمنين عمر بن الخطاب عليه السلام. ونفعنا الله بعلمهم جميعاً، نعم إنه عصر الخلافة الراشدة، جعلها الله دائِّنا نوراً للسائرين على الدرب أبداً يستنير به طلاب العلم في ظلمات الدجى.

□ قضاء الإمام علي عليه السلام في «الطلاق»:

إن أعظم قضاء الإمام علي عليه السلام ما يروي به الثقة من أن رجلاً جاء إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فقال: إني طلقت امرأة تطليقة في الشرك وتطليقتين في الإسلام، فما ترى أمير المؤمنين؟ فسكت عمر: فقال الرجل: ما تقول يا أمير المؤمنين. فقال عمر: كما أنت حتى يجيء على بن أبي طالب، فلما جاء فصّ علىه الرجل قضيته، فقال الإمام: لقد هدم الإسلام ما كان قبله والمرأة عندك على واحدة. وذلك إعمالاً وتصديقاً للحديث

(١) فتاوى وأقضية وأحكام الإمام علي عليه السلام وجهه للأستاذ/ عرفات القصبي قرون ص ٧٣؛ حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - للباحث المهدى إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص ٤٧٠ وما بعدها.

الشريف [الإسلام يجب ما قبله]^(١).

□ ومن أجمل القضايا للإمام علي في خلافة عمر ما جاء في «النسب»: وما جاء في الجرائم العامة في تزوير خاتم الخلافة (خاتم شعار الجمهورية الآن):

↳ الأولى: في النسب:

يبين قضاء الإمام علي في قضية النسب هذه فيما رواه شريح القاضي؛ لأنها رويت برواية أخرى والرواية التي للقاضي شريح يقول: كنت أقضى لعمر بن الخطاب بمعنى أنه كان قاضياً على عهد أمير المؤمنين فأتاني رجل فقال لي: يا أبا أمية: إن رجلاً أودعني امرأتين .. أحدهما حرة مهيرة والأخرى سرية (أمة) فجعلتهما في دار وأصبحت اليوم فإذا هما قد ولدتا غلاماً وجارية وكلتا هما تدعى الغلام لنفسها وتنتفي الجارية، وقد جئتكم إليها القاضي أطلب قضاءك بينهما.

- يقول شريح: فلم يحضرني شيء فيها أقضى به، فأتيت أمير المؤمنين عمر فقصصت عليه القصة فقال: فما الذي قضيت بينهما؟ قلت: لو كان عندي قضاء فيها ما أتيت .. وإلى أن ذهبا إلى علي عليه السلام .. فوجده في حافظ يزكُل على مسحاة ويقرأ قول الله تعالى: (أَيَخْسَبُ الْإِنْسَنُ أَنْ يُنَزَّكَ سُدًّي) [القيامة: ٣٦]. ثم يبكي بكاءً شديداً .. إلى أن خرج إليهم وعليه قميص قدت أكمامه إلى النصف منها ثم قال عليه: ما الذي جاء بك يا شريح! قلت: أمر عرض جثنا نسأل عنه.

فأمرني فقصصت عليه القصة فقال: فيم حكمت فيها، قلت: لم يحضرني حكم فيها. فأخذ بيده من الأرض شيئاً ثم قال: الحكم فيها أهون من هذا. ثم أمر بإحضار المرأتين وأحضر قدحَ ثم أعطاه إلى إحداهن قائلاً: إحلبي فيه، فامتثلت المرأة فحلبت فيه، ثم وزنه، ثم قال للأخرى، إحلبي أنت أيضاً في قدح أخرى ثم وزنه أيضاً ثم قال

(١) المرجع السابق، ص ٨٠.

لصاحبة اللبن الخفيف: خذى ابنتك، وقال لصاحبة اللبن الثقيل خذى ابنك.
ثم التفت على ص إلى أمير المؤمنين عمر ص قائلاً: أما علمت أن الله حط المرأة عن
الرجل في ميراثها فكذلك كان لبنيها دون لبنيه، فقال عمر لقد أرائك الحق يا أبا الحسن.
فقال الإمام: خفضت عليك أبا حفص. إن يوم الفصل كان ميقاتاً نعم إن هذا أفضى
القضاء يا إمام كرم الله وجهك ورضي الله عنك.

◀ الثانية: في تزوير خاتم شعار الخلافة:

- بقصد اختلاس مالاً من خراج الكوفة: وهذا ثبت فيها روي من حديث ابن حجر في الإصابة^(١) والبلاذري في فتوح البلدان^(٢) أن رجلاً يقال له معن بن زائدة انتقش على خاتم الخلافة فأصاب مالاً من خراج الكوفة على عهد عمر بن الخطاب، فبلغ ذلك عمر، فكتب إلى المغيرة بن شعبة: بلغنى أن رجلاً يقال له معن بن زائدة .. إلخ الرواية. فإذا جاءك كتابي هذا فنفذه أمري، وأطلع رسولي، فلما صلى المغيرة العصر، وأخذ الناس مجالسهم، خرج ومعه رسول عمر، فاشرأب الناس ينظرون إليه حتى وقف على معن، ثم قال للرسول: أن أمير المؤمنين أمرني أن أطيع أمرك فيه، فمرني بها شئت، فقال للرسول: أدعوك إلى بجامعة أعيقلاً في عنقه، فأتى بجامعة، فجعلها في عنقه وجذبها جذبًا شديداً، ثم قال لمغيرة: احبسه حتى يأتيك فيه أمر أمير المؤمنين، وكان السجن يومئذ في قصب، فتحمل معن للخروج حتى قدم على عمر فقال: السلام عليك يا أمير المؤمنين، فقال وعليك، من أنت؟ قال: معن بن زائدة جنديك نابياً، قال عمر: أنت؟ فلا يحييك الله، فلما صلى الصبح قال للناس مكانكم، فلما طلعت الشمس قال: هذا معن بن زائدة انتقش على خاتم الخلافة فأصاب مالاً من خراج الكوفة، فما تقولون فيه؟ فقال قائل: إقطع يده، وقال قائل: اصلبه

(١) الإصابة في معرفة الصحابة لابن حجر، مشار إليه لدى الدكتور حامد جامع، المرجع السابق ص ٦٠.

(٢) أنس الأشraf لأحمد بن يحيى المعروف بالبلاذري - مشار إليه في علی بن أبي طالب رضي الله عنه حاكماً وفقيها،الجزء الثاني ص ٦ للدكتور حامد جامع.

... وعلى بن أبي طالب ساكت فقال عمر: ماذا تقول يا أبو الحسن.
 قال: يا أمير المؤمنين، رجل كذب كذبة، عقوبته في بشره .. فصر به عمر ضرباً شديداً
 وحبسه ما شاء الله، ثم انتبه له ففاسمه وخلع سبيله.
 وهذا من أجمل ما قضى الإمام علي عليه السلام وأرضاه.



» المطلب الثالث <

» أقضية الإمام علي في خلافة عثمان <

وقد واصل الإمام علي كرم الله وجهه منهجه في مجال إنشاء المؤسسة القضائية في عصر عثمان، وهو ما سوف نبينه في بعض تطبيقاته القضائية وأحكامه العادلة لما عرض عليه في خلافة عثمان بن عفان عليهما السلام، ومنها:

[١] وجه قضاة في المرأة التي ولدت لستة أشهر في خلافة عثمان عليهما السلام:

ذلك أن جاءه رجل يشكو إليه أن زوجته قد ولدت بعد ستة أشهر فأراد أمير المؤمنين (عثمان) أن يقيم الحد عليها، فقال له علي عليهما السلام: ليس لك ذلك يا أمير المؤمنين، فإن الله تعالى يقول: ﴿وَوَصَّيْنَا لِلنَّاسِ بِمَا لَدُوهُ إِخْسَانًا حَمَلْتُهُ أَنْتَ كُرْهًا وَوَضَعْتُهُ كُرْهًا وَحَمَلْتُهُ وَفَصَلَلْتُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ثم أعقب الإمام علي عليهما السلام قوله تعالى: ﴿وَالْوَلَدُ أَكْثَرُهُنَّ حَوَّلَنَّ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتَمَّ الْرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٢٣].

من ذلك رأى الإمام علي كرم الله وجهه أن من مفهوم الآية الأولى (سورة الأحقاف) أن مدة الحمل والرضاعة ثلاثون شهراً، ومن مفهوم الآية الثانية وهي من (سورة البقرة) أن مدة الرضاعة حوليـن كامـلين، بـمعـنى أن مـدة الرـضـاعـة أـربـعـة وـعـشـرـونـ شـهـراًـ من جـملـةـ مـدةـ الـحـمـلـ وـالـرـضـاعـةـ التـيـ هيـ ثـلـاثـونـ شـهـراًـ، وـمـنـ هـنـاـ اـسـتـبـطـ أـقـصـرـ مـدةـ حـمـلـ هيـ سـتـةـ أـشـهـرـ، وـلـذـلـكـ أـعـمـلـ عـثـمـانـ قـضـاءـ إـلـمـامـ عـلـيـ كـرـمـ اللهـ وجـهـهـ.

[٢] قضاة رضي الله عنه في ميراث النصرانية المعلقة في خلافة عثمان رضي الله عنه:

روي عن سفيان بن عيينة بإسناده عن محمد بن يحيى قال: كان لرجل من الأنصار امرأتان: امرأة من الأنصار وامرأة من بنى هاشم، فطلق الأنصارية ثم مات بعد مدة، فذكرت الأنصارية أنها في عدتها، وأقامت عند عثمان البينة بميراثها منه، فلم يدر ما يحكم به، وردهن إلى عليّ، فقال: تحلف أنها لم تحض بعد أن طلقها ثلاث حيضات وترثه، فقال عثمان للهاشمية: هذا قضاء ابن عمك، قالت: قد رضيته، فلتحلف حجية قضاء الإمام عليّ كرم الله وجهه وأنفذه.



(١) قضاء أمير المؤمنين ص ٥٧ وما بعدها، حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .. للباحث/ المهدى إبراهيم منصور شلبي، المرجع السابق ص ٤٧٤.

المبحث الثاني

حجية أقضية الإمام عليٍّ كرم الله وجهه في خلافته الراشدة

رأينا في عصر الخلافة الراشدة كم كان عليٍّ كرم الله وجهه المرجع والملاذ في خلافة أبي بكر، في الفصل في الخصومات وحسم المنازعات، ثم رأينا كيف كان عليٍّ صاحب حل العقد في أعضل القضايا في عصر عمر وكان دائمًا يردد لولا عليٌّ هلük عمر، ليس لها إلا أبو الحسن، ثم كان المرجع أيضًا في خلافة عثمان بن عفان عليه السلام. ولا يسعنا هنا إلا أن نتناول في هذا المقام بعض النهاذج الفريدة من أقضية الإمام علي عليه السلام في خلافته الرشيدة.

[١] قضاءه عليه في مسؤولية من قتل في الزحام:

ما قضى به الإمام عليٍّ كرم الله وجهه: أن من قتل في الزحام ولم يعلم قاتله فإن ديته على بيت مال المسلمين^(١). وأن أجمل ما ذكر في ذلك ما ذكره البعض من رجال الفقه^(٢) فيما ثبت عن يزيد مذكور الهمданى أن رجلاً قتل يوم الجمعة في المسجد في الزحام، فجعل على عليه ديته من بيت المال^(٣).

[٢] قضاءه عليه في مسؤولية السائق والقائد والراكب:

إن من أجمل ما قضى به الإمام عليٍّ كرم الله وجهه في مسؤولية سائق الدابة وقادتها وراكبها، ولقد ثبت ذلك فيما روى عن علي عليه السلام: أن سائق الدابة وقادتها وراكبها ضامنون إذا وطئت الدابة أو ضربت برجلها أحدًا أو شيئاً عند عليٍّ إذا ثبت التقصير وعدم التحرز

(١) فقه الإمام علي - ج ٢ ص ٨٣٨.

(٢) د/ محمد محمد الصلاي، في سيرة الإمام علي بن أبي طالب ج ١ ص ٣٧٧.

(٣) الخلافة الراشدة - يحيى اليحيى ص ٥٠٢، حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للباحث المهدى إبراهيم منصور شلبي، لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، المراجع السابق ص ٤٧٧، ٤٧٦.

والثبت إليهم^(١).

ورُوي عن خلاس عن علي: أنه كان يضمن القائد والسائل والراكب^(٢)، وهو ما يقابل في القانون الوضعي الالتزام بضمان السلامة^(٣) بأن الناقل مسئول قانوناً أن ينقل الراكب إلى مكان الوصول سليماً معافاً كما ذهب الأستاذ الدكتور / محمد علي عمران بقوله: «بأن عقد النقل يلتزم فيه الناقل بأن ينقل الراكب من مكانه إلى محطة الوصول سليماً معافاً لا جثة هامدة».

[٣] قضاءه فيمن استأجر صغيراً أو عبداً بغير إذن وليه:

وما ثبت عنه عليه أيضاً في قضايا العمل والعمال، أن من استخدم صغيراً بغير إذن وليه، أو عبداً بغير إذن مولاه في عمل أو حمله على دابة فهات إثر ذلك فهو ضامن عند علي عليه، فعن الحكم قال: قال علي: من استعمل ملوك قوم صغيراً أو كبيراً فهو ضامن^(٤)، وقال أيضاً الإمام علي عليه: من استعان صغيراً حرّا ... فهو ضامن ومن استعان كبيراً لم يضمن^(٥).

[٤] قضاءه فيمن رَوَّعَ إنساناً فقتله:

كما أن من أجل الأقضية للإمام علي عليه، قضاءه في الفعل المعنوي، كالإخافة وإدخال الرهبة أو التروع أو ما شابها إذا سبب قتل إنسان أو غضبه توجب المسئولية

(١) فقه الإمام علي ج ٢ ص ٨٤١، مشار إليه في أنسى المطالب في سيرة أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ج ١ ص ٣٧٧.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ج ٩ ص ٢٥٩، مشار إليه في المرجع السابق.

(٣) الالتزام بضمان السلامة، د/ محمد علي عمران، وهو أول من كتب في هذا البحث، الناشر دار النهضة العربية ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.

(٤) منصف ابن أبي شيبة ج ٩ ص ٣٧٧.

(٥) المرجع السابق، ذات المرضع ج ٥ ص ٣٧٧.

الجناية^(١) عند علي كرم الله وجهه.

وقد روی عن ابن جریح قال قلت لعطار: رجل نادی صبیاً على جدار أن استأخر فخر فهات؟ قال: يررون عن علي أنه قال يغفره ويقول أفر عه^(٢). وإیجاد المسئولة على الفعل المعنوي إجمالاً وهذا هو قول جمهور العلماء.

[٥] قضاة في المسئولة الطبية:

في قضاة في المسئولة الطبية ومسئولة الطبيب بصفة عامة في حالة ما إذا خالف الطبيب أو البیطري شروط المعالجة، فَعَطَبَ الإنسان والحيوان فهو ضامن^(٣). وقد ثبت هذا فيما رُوِيَ عن الضحاك بن مُزاحم قال: خطب على هُنَّةَ الناس فقال: يامَعْشَر الأطباء البیطرين والمطبين من عالج منكم إنساناً أو دابة فليأخذ لنفسه البراءة، فإنه إن عالج شيئاً ولم يأخذ لنفسه البراءة فَعَطَبَ فهو ضامن^(٤). وعن مجاهد أن علياً قال في الطبيب إن لم يشهد على ما يعالج فلا يلوم من إلا نفسه، بمعنى أنه يضمن^(٥).

وما يفهم من قضاة الإمام أن على الطبيب أن يراعي قواعد وشروط المسئولة الطبية فإذا خالف هذه الشروط في معالجة إنسان أو حيوان ضَمِنَ إذا ما ترتب على ذلك عَطَبُ عضو سواء كان في إنسان أو حيوان، وعلى الطبيب أن يأخذ لنفسه البراءة، وإن خالف ذلك كان ضامن لما عطَب نتيجة لخطأه.

(١) فقه الإمام علي ج-٢ ص ٨٣٨.

(٢) كتز العمال ٤٠/٨٦ مشار إليه في انسن المطالب في سيرة الإمام علي بن أبي طالب. د/ الصلايبي ص ٣٧٩.

(٣) فقه الإمام علي بن أبي طالب ج-٢ ص ٨٤٦.

(٤) مصنف عبد الرزاق ١٨٠٤٧.

(٥) المرجع السابق، ذات الموضع السابق ١٨٠٦٤.

أما عن قوله في إذا لم يُشهد على ما يعالج فلا يلومن إلا نفسه أى أنه يجب أن يراعي قواعد التبصير كما هو الحال في الفقه الوضعي^(١)، وإذا خالف ذلك كان ضامن لما ترتب عليهـ وتحمل مغبة تقصيره وعدم الإفصاح والتبصير مع مراعاة قواعد التبصير وضوابطه^(٢).

[٦] قضاة في قاتل اعترف بالقتل لدفعه التهمة عن بري:

روي أنه أتى رجل إلى أمير المؤمنين عليٌّ كرم الله وجهه من خربة وبيده سكين ملطخة بدم وبين يديه قتيل يتشظط في دمه، فسألته، فقال: أنا قتلتة، قال: اذهبوا به فاقتلوه، لما ذهبوا به أقبل رجل مسرعاً: فقال يا قوم لا تعجلوا ردوه إلى عليٍّ، فردوه، فقال الرجل لأمير المؤمنين أنا الذي قتلتة، فقال عليٌّ: ما حملك على أن قتلت أو على أن قلت ذلك، ولم تقتل؟ قال: يا أمير المؤمنين، وما أستطيع أن أصنع، وقد وقف العسس على الرجل يتشظط في دمه، وأنا واقف بين يدي سكين، وفيها أثر الدم، وقد أخذت في الخربة، فخفت ألا يقبل مني، وأن يكون قسامه، فاعترف بما لم أصنع، وأحتسب نفسي عند الله فقال عليٌّ: بئس ما صنعت، فكيف كان حديثك، قال إني رجل قصاب، خرجت إلى حانوقي في الغلس، فذبحت البقرة وسلختها، فيبينا أنا أسلخها، والسكين في يدي أخذني البول، فأتيت خربة كانت بقريبي، فدخلتها لقضاء حاجتي، وعدت أريد حانوقي، فإذا أنا بهذا المقتول يتشظط في دمه، فاسترعاي أمره ووقفت أنظر إليه والسكين في يدي، فلم أشعر إلا بأصحابك قد وقفوا عليٌّ فأخذوني، فقال الناس: هذا قتل هذا، ما له من قاتل سواه، فأيقتُ أنك لا ترك قوهم بقولي، فاعترفت بما لم أجنه فقال عليٌّ للمرقر الثاني: وأنت كيف كان قصتك، فقال أغوانى إبليس فقتلت الرجل طمعاً في ماله، ثم سمعت حسَ العَسَس فخرجت من الخربة، واستقلبت هذا القَصَاب، على

(١) معصرمية الجندي، د/ حمدي عبد الرحمن، ص ٣٨ وما بعدها، بحث في مشكلات المسئولة الطبية ونقل الأعضاء سنة ١٩٨٧.

(٢) معصرمية الجندي، د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق.

الحال التي وصفها، فاستر منه بعض الخبرة، حتى أتى العَسَسْ فأخذوه وأتوك به، فلما أمرت بقتله علمت أنى سأبو بدمه أيضاً، فاعترفت بالحق، فقال علي للحسن ما الحكم في هذا؟ قال أمير المؤمنين، إن كان قد قتل نفساً فقد أحياناً نفساً، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَانَهَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً﴾ [المائدة: ٢٢]. فخل عنهم علي، وأخرج دية القتيل من بيت المال^(٤)، ولعله فعل ذلك بعد أن أسقط أولياء القتيل حقهم بالقصاص^(٥).

ونخلص من كل ما تقدم من أقضية أنها جميعها تصلح كسوابق قضائية تتخذ
كأساس للفصل في المخصوصة التي ترفع إلى ساحة القضاء دليلاً يُشَرِّف به لحسم ما قد
يُثار من منازعات مشابهة لها، ومع أن البعض من الفقهاء⁽³⁾ يرى أن ذلك لا يجوز لأن كل
قضية بذاتها لها ظروفها ووقائعها التي تلزمهها ولا تصلح لغيرها.

ଶ୍ରୀମଦ୍ଭଗବତ

(١) الطرق الحكمية ص ٣٦، القضاة في الإسلام د/ أحمد عبد المنعم البهبي - طبعة لجنة البيان العراقي، ص ١٥٤، وتاريخ القضاة في الإسلام د/ محمد الزحيلي ص ١٥٣، حجية الأحكام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للباحث المهدى إبراهيم منصور شلبي، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

(٢) القضاء في الإسلام، د/أحمد عبد المنعم البهوي ص ١٥٤، طبعة لجنة البيان العراقي.

(٣) أنسى المطالب في سيرة الإمام علي بن أبي طالب، د/ محمد محمد الصلايي ج ١ ص ٣٨٥.



الْمَقْدِمَاتُ الْأُرْسَلِيَّةُ

لِلْكَبِيرِ

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْبَخْرَيِّ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْغَزَوَكَسَّ

www.moswarat.com

الباب الثاني

المفهومات الأساسية للتحكيم

ونتناول في هذا الباب الكتابة في أركان التحكيم في فصل أول، ثم الحقوق التي يتم فيها التحكيم في فصل ثان، ثم مدى لزوم حكم المحكم في فصل ثالث، وأخيراً الفرق بين التحكيم وبين غيره من وسائل فض النزاع. وذلك على النحو التالي.

الفصل الأول

أركان التحكيم

عرفنا أن التحكيم اصطلاحاً: هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما وهذا يعني وجود إيجاب من الخصميين، وقبول من الحكم، وعاقدين، ومحل «معقود عليه». وهذه الأمور الثلاثة إذا وجدت تتحقق وجود العقد. وذلك لأن العقد عند الحنفية، وهو قول جمهور الفقهاء، بأنه: تعلق كلام أحد العاقدين بكلام الآخر شرعاً، على وجه يظهر أثره في محل^(١).

وهذا التعريف يفيد أن العقد لا يوجد إلا إذا وجدت أمور ثلاثة هي:

١- الإيجاب والقبول.

٢- العاقدان.

٣- الم محل، أي المعقود عليه.

ويختلف الفقهاء في اعتبار هذه الأمور الثلاثة أركان العقد.

(١) العناية ج ٥ ص ٧٤ والمدخل للفقه الإسلامي ص ٥٠٦، عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق ص ١١٢.

- فالخلفية يرون: أن ركن العقد هو ما كان جزءاً من الشيء، ولا يوجد إلا به. وعليه فرُكْن العقد عندهم هو: الإيجاب والقبول فقط، وهم اللذان يُكُونان صيغة العقد.

- أما العاقدان والمحل فليسا من أجزاء العقد، وإنما هما لوازم للإيجاب والقبول، لأنه يلزم من وجوب الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل، ووجودهما مرتبطين يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط.

والخلفية على عكس الشافعية^(١) لا تشترط أن يكون التراضي قبل صدور الحكم بل يجوز أن يكون بعد صدوره.

- اتفاق المתחاصمين والحكم على قبول مهمة التحكيم.

وتحمل هذين الاتفاقين يشكل ركن التحكيم الذي هو: لفظه الدال عليه مع قبول الآخر.

وهذا الركن قد يظهر صراحةً إذا قال الخصمان: حَكَمنَاكَ بَيْنَنَا، أو قال لهم: أحكِم بَيْنَكُمَا، فقبلًا. وقد يظهر دلالة .. فلو اصطلاح الخصمان على رجل بينهما، ولم يعلماه بذلك، ولكنها اختصا إليه، فحكم بينهما، جاز وإن لم يقبل الحكم؟، لم يجز حكمه إلا بتحديد التحكيم^(٢).

للخاصمين أن يقيدا التحكيم بشرط ... فلو حكماه على أن يحكم بينهما في يومه أو في مجلسه وجب ذلك، ولو حكماه على أن يستفتني فلاناً، ثم يقضى بينهما بما قال جاز. ولو

(١) فتح القدر جـ٥، ص٥٠٢، مجلة الأحكام العدلية م/١٨٥١ التي تنص على أنه: «إذا فصل أحد الدعوى الواقعية بين شخصين ولم يكن محكماً يكون حكمه نافذاً إذا رضي الطرفان وأجاز حكمه»، كتاب شرح المجلة ص١١١٢، البحير الرائق جـ٧ ص٢٥.

(٢) الموسوعة الفقهية ص٢٤١، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٤٢٨، نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكوبيني والمصري. د/ سيد محمود المرجع السابق ص٢٨ وما بعدها.

حَكَمَا رَجُلَيْنِ، فَحُكْمُ أَحَدِهِمَا، لَمْ يَجِزْ، وَلَا بَدْ مِنْ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى الْمُحْكُومِ بِهِ. فَلَوْ اخْتَلَفَا مِنْ

يَجِزْ^(١).

* وكذلك لو اتفقا على تحكيم رجل معين، فليس له أن يفوض غيره بالتحكيم لأن الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره.

ولو فرض، وحكم الثاني بغير رضاهما، فأجاز الأول حُكْمَهُ، لَمْ يَجِزْ لَأَنَّ الْإِذْنَ مِنْ ابْتَدَاءٍ لَا يَصْحُ، فَكَذَا فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَلَا بَدْ مِنْ إِجَازَةِ الْخُصُمَيْنَ بَعْدَ الْحُكْمِ. وَقِيلَ يَنْبُغِي أَنْ يَجِزْ، كَالْوَكِيلُ الْأُولُ إِذَا أَجَازَ بَيعُ الْوَكِيلِ الثَّانِي، إِلَّا أَنْ تَعْلِيقَ التَّحْكِيمِ عَلَى شَرْطٍ، كَمَا لَوْ قَالَا لَعِبْدٍ: إِذَا أَغْتَقْتَ فَاحْكُمْ بِيَتْنَا، وَإِضَافَتْهُ إِلَى وَقْتٍ، كَمَا لَوْ قَالَا لِرَجُلٍ: جَعَلْنَاكَ حَكَمًا غَدًا، أَوْ قَالَا: رَأْسَ الشَّهْرِ. كُلُّ ذَلِكَ لَا يَجِزُ فِي قَوْلِ أَبْنِ يُوسُفَ خَلَافًا لِمُحَمَّدٍ، وَالْفَتْوَى عَلَى الْقَوْلِ الْأُولِ^(٢).

* لِسْنُ الْخُصُمَيْنَ أَنْ يَتَفَقَا عَلَى حَكَمٍ أَهْلًا لِلتَّحْكِيمِ غَيْرِ الْمُسْلِمِ بَيْنَ مُسْلِمَيْنَ، فَأَجَازَ حُكْمَهُ، لَمْ يَجِزْ، كَمَا لَوْ حَكَمَاهُ فِي الْابْتَدَاءِ^(٣).

* الْإِشْهَادُ عَلَى الْإِتْفَاقِ عَلَى التَّحْكِيمِ لِيُسْبََّ لَبَلَازِمٍ وَلَكِنَّهُ مِنَ الْمَأْمُولِ وَجُودُ هَذَا الْإِشْهَادِ، وَخَرْفًا مِنْ جُحْدِ الْمُحْكُومِ عَلَيْهِ مِنَ الْخُصُمَيْنَ لِوَجْدِ التَّحْكِيمِ حِيثُ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ الْحُكْمِ أَنَّ الْجَاحِدَ إِلَّا بِبَيْنَةٍ.

* وَيَجِبُ أَنْ يَسْتَمِرَ الْإِتْفَاقُ عَلَى التَّحْكِيمِ حَتَّى صَدُورُ الْحُكْمِ، إِذَا رَجُوعُ أَحَدِ

(١) مَغْنِيُ الْمُحْتَاجِ ج٤ ص٣٧٩، الْفَتاوِيُ الْهَنْدِيَّةِ ج٣ ص٥٦٨، الْبَحْرُ الرَّائِقُ ج٧ ص٢٦، حَاشِيَةُ ابْنِ عَابِدِيْنَ.

(٢) الْمُوسَوِّعَةُ الْفَقِيَّةُ ص٢٤٢، الْفَتاوِيُ الْهَنْدِيَّةِ ج٣ ص٥٧٠/٢١٧، فَتْحُ الْقَدِيرِ ج٥ ص٥٠٢، حَاشِيَةُ ابْنِ عَابِدِيْنَ ج٥ ص٤٣١، الْبَحْرُ الرَّائِقُ ج٧ ص٢٤، ٢٩.

(٣) فَتْحُ الْقَدِيرِ ج٥ ص٥٠٢/٥٠٢، الْبَحْرُ الرَّائِقُ ج٧ ص٢٤، حَاشِيَةُ ابْنِ عَابِدِيْنَ ج٥ ص٤٢٨، الْمُوسَوِّعَةُ الْفَقِيَّةُ ص٢٤٢، الْفَتاوِيُ الْهَنْدِيَّةِ ج٣ ص٣٦٨.

الخصمين عن التحكيم قبل صدور الحكم يلغى التحكيم. فلو قال الحكم لأحدهما: أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بذلك، وقد ألزمتك وحكمت بهذا، فأنكر المقصى عليه الإقرار أو البينة لم يلتفت لقوله، ومضى القضاء لأن ولاية المحكم قائمة وهو في هذه الحالة كالقاضي. أما إن قال ذلك بعد أن عزله الخصم، فإن قوله وحكمه لا يعتد به، كاحكم الذي يصدره القاضي بعد عزله^(١).

يتسم التحكيم بصفة الجوازية لذلك يتفرع منه حق الخصم في الرجوع عن التحكيم، ولكن هذا الحق ليس مطلقاً، حيث ذهب الحنفية وسحنون من المالكية إلى جواز الرجوع لكل خصم قبل صدور الحكم دون حاجة إلى اتفاقهم على ذلك، وإن رجع كان في ذلك عزل للمحكم^(٢).

أما بعد صدور الحكم فلا يجوز للخصم الرجوع عن التحكيم، ولا عزل المحكم، لأن رجوعه لا يُبطل الحكم الصادر من محكّم له ولاية إصداره مثل القاضي الذي يصدر حكمه ثم يعزله السلطان وعلى هذا: فإن اتفق رجلان على حَكَم يحكم بينهما في عدد من القضايا، فقضى على أحدهما في بعضها ثم رجع المحكوم عليه عن تحكيم هذا الحكم، فإن القضاء الأول نافذ، وليس للحَكَم أن يحكم فيها بقى، فإن حكم لا ينفذ. وإن قال الحكم لأحد الخصمين: قامت عندي الحجة ما أدعى عليك من الحق، فعزله هذا الخصم، ثم حكم عليه الحكم بعد ذلك لا ينفذ حكمه عليه^(٣).

وعند المالكية: لا يشترط دوام رضا الخصمين إلى حين صدور الحكم بل لو أقاما

(١) الفتاوى المندية جـ ٣ ص ٣٦٩، فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠١، المبسوط جـ ٢١ ص ٦٢، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٢.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٣.

(٣) تبصرة الحكماء جـ ١ ص ٤٣، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٦، الفتاوى المندية جـ ٣ ص ٣٦٨، فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٠، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٣.

البينة عند الحكم، ثم بدأ أحدهما أن يرجع عن التحكيم قبل الحكم، تعين على الحكم أن يقضي وجاز حكمه.

وعند الشافعية: يجوز الرجوع قبل صدور الحكم، ولو بعد إقامة البينة وعليه المذهب، وقيل بعدم جواز ذلك، أما بعد الحكم فلا يشترط رضا الخصمين به كحكم القاضي، وقيل يشترط، لأن رضاهما معتبر في أصل التحكيم، فكذا في لزوم الحكم، والأظهر الأول^(١).

وقال أصيبيح: لكل واحد منهما الرجوع ما لم يبدأ الخصومة أمام الحكم، فإن بدأت تعين عليهما المضى فيها حتى النهاية^(٢).

وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما الرجوع ولو قبل بذء الخصومة^(٣).

وعند الحنابلة: لكل من الخصمين أن يرجع عن التحكيم قبل الشروع في الحكم، أما بعد الشروع فيه وقبل تمامه، ففي الرجوع قولان: أحدهما: له الرجوع لأن الحكم لم يتم، أشبه قبل الشروع.

والثاني: ليس له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منها إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع فبطل مقصوده، فإن صدر الحكم نفذ^(٤).

*الإشهاد على الحكم: ليس هذا شرطاً لصحة التحكيم، وإنما هو شرط لقبول قول الحكم عند الإنكار ولابد من الإشهاد في مجلس الحكم^(٥).

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣١، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤، روضة الطالبين ج ١١ ص ١٢٢، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩، نظام التحكيم د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤.

(٣) تبصرة الحكماء ج ١ ص ٤٢، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤.

(٤) مطالب أولى النهي ج ٦ ص ٤٧٢، كشف النقانع ج ٦ ص ٣٠٣، المغني ج ١٠ ص ١٩١، ١٩٠، الكاف ج ٢ ص ٤٣٦، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤.

(٥) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤، شرح العناية ج ٥ ص ٥٠٢.

وعليه فإن التحكيم عقد كسائر العقود يشترط فيه الرضا، وسأبين ركنيه وهما الإيجاب والقبول، ولواذهما وهما العاقدان والمحل.

* الإيجاب والقبول:

- الإيجاب: هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين.

- والقبول: هو ما صدر ثانياً من العاقد الثاني، وهذا هو قول الحنفية^(١).

لذلك قالوا: إن ركن التحكيم هو لفظه الدال عليه مع قبول الآخر^(٢). فهو إيجاب المحكمين بلفظ دال على التحكيم، كفولهما، أحکم بيننا، أو: جعلناك حكماً، أو حكمناك في كذا^(٣). فلو حكماً رجلاً فلم يقبل، لا يجوز حكمه عندئذ إلا بتجديد التحكيم^(٤). ومثله لو قال الحكم للخصمين: أحکم بينكما، فقبلما^(٥).

(١) المدخل للفقه الإسلامي ص ١٣٥ نقلاً عن فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٤.

أما غير الحنفية فيرون: أن الإيجاب هو ما صدر من الملك، والقبول هو ما صدر من المملك. فعبارة البائع والمؤجر والزوجة هي الإيجاب عندهم سواء صدرت أولاً أو أخيراً، لأن تملك العين أو المنفعة أو العصمة صادر من جهتهم، وعبارة المشترى والمستأجر والزوج هي القبول، لأنهم هم الذين سيتملكون العين أو المنفعة أو البعض، عقد التحكيم د/ الدورى، المرجع السابق ص ١١٤.

(٢) الدر المختار رد المحتار ج ٥ ص ٤٢٨ ، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٤.

(٣) الطحطاوى على الدر ج ٣ ص ٢٠٧ ، رد المختار ج ٥ ص ٤٢٨.

(٤) البحر الرائق ، السابق. ورد المختار ، السابق. والطحطاوى ، السابق.

(٥) الطحطاوى على الدر ، السابق.

ويقول د/ الدورى في عقد التحكيم صفحة ١١٥ «وعليه فإن عقد التحكيم ينعقد بالعبارة: أى التلفظ بالإيجاب والقبول لكن ليس له صيغة معينة، وإنما يعقد بأى لفظ يدل على التحكيم، سواء كان الإيجاب أمراً مثل: أحکم، أم مضارعاً مثل: حكمنك، أم مضارعاً مثل: جعلناك حكماً، مع قبول الطرف الآخر. ويستطرد د/ الدورى قائلاً: ولا أرى مانعاً من أن ينعقد عقد التحكيم أيضاً: بالإشارة: لمن لا يحسن العبارة كإشارة الآخرين إذا فهم منها معنى العقد في حالة ما إذا لم يحسن الكتابة.

وبالكتابة: إذا كان أحد طرف العقد غائباً، فيصبح أن يرسل كتاباً إلى الطرف الآخر يذكر فيه صيغة الإيجاب، فإذا وصل الكتاب إلى الطرف الآخر المرسل إليه، وقبل، انعقد العقد.

وبالرسول: فإذا حل رسول إيجاب الطرف الأول إلى الطرف الثاني قبل الطرف الثاني انعقد العقد.

وإذا انعقد عقد التحكيم، فهل يحتاج إلى بينة تثبت أن الحكم قد حكمه الخصمان؟ وللإجابة على هذا السؤال نتناول الآتي:

□ **الشهادة على تحكيم الحكم:**

اختلف الفقهاء في احتياج التحكيم إلى شهود تشهد على الخصمين أنها حكماء على قولين:

◀ القول الأول: لا يحتاج التحكيم إلى شهود تشهد على الخصمين بأنها حكماء وبه قول المالكية^(١).

◀ القول الثاني: تنبغي الشهادة بالرضا به قبل أن يحكم بينهما، لئلا يجحد المحكوم عليه منها أنه حكمه، فلا يقبل قوله عليه إلا ببينة وبه يقول الحنابلة^(٢)، والحنفية^(٣) والشافعية^(٤)، وقد استدلوا على ذلك بما يلى:

١- أن الحكم بعد القيام من المجلس انعزل، فصار كسائر الرعایا، فلا تقبل شهادته على فعل باشره إلا بشهادة غيره^(٥).

٢- أنه يدعى لنفسه عليهما ولاية تنفيذ القول، وهو غير مصدق فيما يدعى عليهما،

(١) الفتاوى على الشرح الصغير للدردير ج٤ ص ١٩٨، العدوى على الخرishi ج٧ ص ١٤٥، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص ١٣٥، عقد التحكيم، د/ الدورى، المراجع السابق ص ١١٦.

(٢) كتاب القناع ج٦ ص ٣٠٩، مطالب أولى النهي ج٦ ص ٤٧٢.

(٣) الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٩٩، المبسوط ج٦ ص ١١١، وج١، ص ٢١، ص ٦٣، وشرح أدب القاضى لابن مازه ج٤ ص ٦٢، وروضۃ القضاۃ ج١ ص ٨٠، والعنایة وفتح القدير ج٥ ص ٥٠٢.

(٤) تحفة المحتاج ج١٠ ص ١١٩، نهاية المحتاج ج٦ ص ٢٣١ والجمل ج٥ ص ٣٤٠، القليوبى ج٤ ص ٢٩٨، مغني المحتاج ج٤ ص ٣٧٩، والأنوار ج٢ ص ٦٦٦، وأسنى المطالب ج٤ ص ٢٨٨ وكلهم عن الماوردي. وأيضاً قول الماوردي في أدب القاضى ج٢ ص ٣٨٤.

(٥) الفتاوى الهندية، السابقة، المبسوط ج٦ ص ١١١، العنایة وفتح القدير المشار إليها سابقاً.

إذا كانا يبحدانه^(١).

٣- أنه أقر بشيء لا يملك إنشاءه، فلا يصح إقراره، كالقاضي المعزول إذا قال: قضيت عليك بكتابتكذا وكذا^(٢).

☞ الرأي الراجح:

أرى رُجحان القول الثاني، لأن المحكوم عليه قد يجحد هذا الحكم، فيحتاج الحكم إلى الإثبات.

☞ موقف القانون:

ذهب فقهاء القانون إلى أن التحكيم من عقود التراضي، فينعقد الاتفاق عليه بالإيجاب والقبول بين المتعاقدين، ولا يشترط للتحكيم شكل خاص، فللطرفين أن يحررا مشارطه بأى شكل أرادا، شأن العقود الرضائية الأخرى، فلا يتقييد شكله بلفظ معين^(٣)، باتفاق الفقهاء والقضاء^(٤).

إلا أن القانون قد نصَّ على أنه: لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة^(٥)، وذلك لأن ولاية التحكيم تقتصر على ما انصرف إليه إرادة المحكمين، وهذا يقتضي إثبات التحكيم بالكتابة لأهمية عقد التحكيم وخطورته، فلا سبيل لإثباته بغير طريق الكتابة نظراً لطبيعته الخاصة التي خرج بها على القواعد العامة، ورغبة في تفادي النزاع حول

(١) المبسوط ج ٢١ ص ٦٣.

(٢) شرح أدب القاضي لابن مازه ج ٤ ص ٦٢.

(٣) عقد التحكيم، د/ أحمد أبو الوفا ص ٢٧ بند ٨، د/ الدوري ص ١١٨، ١١٩.

(٤) الوجيز في التحكيم ص ١٣.

(٥) المادة ١٠٠٥ من القانون الفرنسي، وتوافقها المادة ٥٠١ من القانون المصري، ٢٥٤ من القانون الكويتي، ٢/٢ من قانون التحكيم الأردني، ٥٠٩ من قانون أصول المحاكمات السوري، ٢٣٣ من قانون المراقبات البحريني، ٣٠٧ من ق. المسطرة المدنية المغربي، عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١١٩.

إثبات محتويات العقد، وحتى لا يتجاوز المحكمون مهمتهم إلى شيء آخر، أو إلى التطرق إلى ما يتفرع عن النزاع، وإلا بطل قرارهم.

ومقتضى هذا النص: أنه لا يجوز إثبات الاتفاق على التحكيم بشهادة الشهود أو بالقرائن منها قلت قيمة الموضوع.

ولكن الكتابة ليست شرطاً لانعقاد العقد، وإنما هي طريقة لإثباته، فالتحكيم عقد رضائي وليس عقداً شكلياً، وينبني على هذا أن عقد التحكيم غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار^(١).

وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما، فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، إلا بعد استنفاذ طريق التحكيم، فالاتفاق على التحكيم ملزم للطرفين، يمنعهما من طرح النزاع على المحكمة، ماداماً متفقين على التحكيم. على أن ذلك لا يمنع من التوجه بالطريقين إلى المحاكم لاتخاذ الإجراءات العاجلة أو الضرورية، كتعيين حارس قضائي لاستغلال بعض الأموال، وإيداع ما يحصل منها في صندوق المحكمة، حتى يتم الفصل في النزاع، أو لتعيين حكم إذا لم يتفق الخصوم على تعيينه مقدماً، أو قام مانع من مباشرته، أو اعتزل أو عزل عنه.

والحكم غير ملزم بقبول التحكيم فهو حر في قبوله أو رفضه، سواء كان تعيينه من الخصوم أو من المحكمة^(٢).

لكنه إذا قبل التحكيم لا يجوز له أن ينتهي بغير عذر مقبول^(٣)، حتى لا يتراخي

(١) المراهنات المدنية والتجارية للشراقي ص ٦٢٣ بند ٤٤٤.

(٢) شرح المراهنات المدنية والتجارية للدكتور الشراقي، المرجع السابق، ص ٦٢٣ بند ٤٤٤.

(٣) المادة ٥٠٣ من قانون المراهنات المصري، والمادة ٢٦٠ من قانون المراهنات العراقي، ٥١٤ من قانون الأصول السوري، ٢٣٤ من قانون المراهنات البحريني، ٧٤٨ من قانون المراهنات الليبي، ٢٦٥ من مجلة الإجراءات التونسي، ٤٤٨ من قانون الإجراءات الجزائري، ٣١٣ من قانون المسطرة المغربية.

الفصل في النزاع ما يضار به المحكمان أو أحدهما.

أما إذا تخلى الحكم عن مهمته بغير عذر مشروع كالمرض الشديد أو السفر الطويل كان مسؤولاً أمام الخصوم عن تعويض الضرر الذي يكون لحقهم بسبب امتناعه^(١).

ويقول الدكتور الدوري في «عقد التحكيم»^(٢):

«ولما كان الواجب أن يبدأ المحكمون بفصل النزاع من حين قبولهم مهمة التحكيم اشترط القانون العراقي: أن يفصلوا فيه خلال المدة المحددة في العقد، ما لم يتفق الخصوم على تجديد المدة.

فإذا لم تشرط مدة لصدور قرار المحكمين، وجب عليهم إصداره خلال ستة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم.

وفي حالة وفاة أحد الخصوم أو عزل المحكم أو تقديم طلب برده يمتد الميعاد لإصدار قرار التحكيم إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع^(٣).

وعلة تحديد المدة على الوجه المتقدم أن تتحقق الغاية من التحكيم بحسم النزاع في أقصر وقت ممكن.

فإذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المنشروطة في اتفاقهم أو المدة

(١) مفاد المادة ٥٠٣ من قانون المرافعات المصري، ٥١٤ من قانون الأصول السوري، ٨٤٣ من قانون الأصول اللبناني، ٢٣٤ من قانون المرافعات البحريني، ٧٤٨ من قانون المرافعات الليبي، ٢٦٥ من مجلة الإجراءات التونسي.

(٢) عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(٣) المادة ٢٦٢ من قانون المرافعات العراقي، ومدة صدور قرار المحكمين هذه هي: شهر في المادة ٨٤٢ من قانون الأصول اللبناني، وشهرين في المادة ٥٠٥ من قانون المرافعات المصري، وثلاثة أشهر في المادة ٢٥٩ من قانون المرافعات الكوري، والمادة ٥٢٠ من قانون الأصول السوري، والمادة ٥ من قانون التحكيم الأردني، والمادة ٧٥٢ من قانون المرافعات الليبي، والمادة ٤٤ من قانون الإجراءات الجزائري، والمادة ٣٠٨ من قانون المسطرة المغربية.

المحددة في القانون، أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع، بالإضافة مدة جديدة للفصل في النزاع أو تعين محكمين آخرين للحكم فيه، وذلك حسب الأحوال.

وكذلك الحال إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكمين، أو طعن بالتزوير في ورقة، أو اتخذت إجراءات عقابية عن تزويرها، أو عن حادث آخر، يوقف المحكمون عملهم^(١).

ونخلص مما تقدم إلى أن ما ذهب إليه فقهاء القانون هو نفسه ما ذهب إليه فقهاء المسلمين في نصّهم على ذلك، مع عدم الاشتراط لصيغة بعينها.

أما فيما يتعلق بالنصّ على وجوب إثبات التحكيم بالكتابة فقد أراد المشرع به تفادي المنازعات على إثبات موضوع التحكيم ذي الأهمية والخطورة، وهو يتفق مع روح الشريعة الإسلامية، إذ أن مقصود الشريعة هو حماية حقوق العباد والحرص على مصالحهم.

كتابه كلامه كلامه

(١) المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات المصري، والمادة ٢٦٨ من قانون المرافعات العراقي، والمادة ٥٢٥ من قانون الأصول السوري، والمادة ٧٥٧ من قانون المرافعات الليبي، والمادة ٢٧٤ من مجلة الإجراءات التونسية، والمادة ٤٤٨ من قانون الإجراءات الجزائري، والمادة ٣١٣ من قانون المسطورة المغربي، (د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١٢٤).

الفصل الثاني

شروط الإيجاب والقبول >

إذا كان العقد هو الارتباط بين الإيجاب والقبول، فهذا الارتباط لا يكفي في ثبوته مجرد صدور العبارة أو ما يقوم مقامها من العاقدين. ويمكن إجمال شروط الإيجاب والقبول فيما يلي:-

- ١- أن يتواافق كل من الإيجاب والقبول على محل عقد بعينه.
- ٢- أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً.
- ٣- اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد.
- ٤- أن يكون العاقد أهلاً للتعاقد.

- وسأوضح هذه الشروط بشيء من التفصيل:

□ الشرط الأول: توافق الإيجاب والقبول:

يتواافق الإيجاب مع القبول، ويتلاقى معه إذا كان مطابقاً له في كل جزئية من جزئياته، سواء كانت هذه الموافقة صريحة أو ضمنية.

فلو قال شخص لآخر بعثك هذه الدار بالفئران بـ١٠٠ دينار، فقال الآخر قيلت، فالموافقة هنا صريحة.

أما إذا لم يتواافق القبول والإيجاب كلاً أو جزءاً لم ينعقد العقد، كما لو قال شخص لآخر، بعثك هذه السيارة بـ١٠٠ دينار، فقال الآخر: قبلت حد يقتلك بهذا الشمن، أو قال قبلتها بـ٥٥ دينار، ففي هاتين الصورتين لا ينعقد العقد لمخالفة القبول للإيجاب كلاً أو جزءاً.

والمقصود بتوافق الإيجاب والقبول في الفقه الإسلامي هو توافق الرضا بالعقد بين طرفيه وذلك:

- ١- لأن رضا الخصمين هو المثبت للولاية، فلابد من تقدمه^(١).
- ٢- ولأن ما كان وجوده من شبيهين، لابد له من وجودهما، وأما عدمهما فلا يحتاج إلى عدمها، بل عدم عدم أحدهما^(٢).

↳ استدامة الرضا إلى تمام الحكم:

ذهب جمهور الفقهاء إلى ضرورة استدامة الرضا من ابتداء الحكم إلى تمام الحكم، فإن رجع أحدهما قبل تمام الحكم ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه بأن قال المدعى عليه للحكم عزّلُك فليس له أن يحكم لعدم استمرار الرضا، وإلى هذا ذهب الحنفية وبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة^(٣). وإلى هذا ذهب سحنون، وقد استدلوا على ذلك بما يلي: لأنه لا يحكم إلا برضائهما، ولأن التحكيم من الأمور الجائزة فيجوز لأحدهما نقضه كما في الشركات والمضاربات والوكالات^(٤).

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يلزم توافق الرضا إلى وقت صدور الحكم، فيكتفي أن يتم الرضا بالتحكيم ابتداء، إذ إن التحكيم قد انعقد برضاء الخصوم وقد تَمَ ذلك بقبول المحكَم^(٥).

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ ص١٦، حاشية الدسوقي ج٤ ص٢، المغني لابن قدامة ج٤ ص٤٠.

(٢) العناية على المداية ج٥ ص٥١.

(٣) أدب القاضي للماوردي ج٢ ص٣٨٠ (قال: سواء حكم للراضي أو للراجع) وإعana الطالبين ج٤ ص٢٢١، والخطيب والبجيري ج٤ ص٣٢٣، والأنوار ج٢ ص٦١٥، وروضة القضاة ج٤ ص٧٩ وعقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص١٣٥.

(٤) تبيين الحقائق ج٤ ص١٩٣، التبصرة لابن فردون، ج١ ص٥٥.

(٥) حاشية الرهوني ج٧ ص١٣٠١.

- موقف القانون من ذلك:

وذهب فقهاء القانون إلى أن رجوع أحد الطرفين قبل الحكم لا ينقض حكم الحكم، فلا يجوز عزل المحكمين إلا بترافي الخصوم جيئاً^(١).

- اشتراط الرضا بعد الحكم:

وهل يشترط في نفوذ حكم المحكم ترافي الخصوم به بعد الحكم؟

- اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:-

» القول الأول: لا يشترط الرضا بعد الحكم:

فإن حكم المحكم نفذ حكمه على المتقاضين ولزمهما، وليس لأحدهما أن يرجع عن تحكيمه. وهذا هو قول جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤) وهو أحد قول الشافعية.

- وحجة هذا القول:

[١] قوله ﷺ [من حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرَاضِيَا بِهِ، فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ]. فكان الوعيد دليلاً على لزوم حكمه. كما قال ﷺ في الشهادة ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ مَأْثُمٌ﴾

(١) المادة ٥٠٣ من قانون المرافعات المصري، و٨٤٥ من قانون الأصول اللبناني، و٤ من قانون التحكيم الأردني، و٥١٥ من قانون الأصول السوري، و٢٣٤ من قانون المرافعات البحريني، و٧٤٩ من قانون المرافعات الليبي، و٢٦٧ من مجلة الإجراءات التونسية، و٣١٠ من قانون المسطرة المغربية، وهو مفاده المادة ٣-٢/٢٥٣ من قانون المرافعات العراقي.

(٢) المحيط البرهان والمبسوط ج ٦ ص ١١١ والدر المختار ورد المحatar عليه ج ٥ ص ٤٢٩، والكتنز والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٦. وأدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٨٢. وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٣.

(٣) جواهر الإكيليل ج ٢ ص ٢٢٣، والمتقى ج ٥ ص ٢٢٦، وإرشاد السالك ص ١٨٣، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥٢، والقوانين ص ٣٢٥، ورحة الأمة ج ٢ ص ١٩٤، والميزان الكبير ج ١ ص ١٩٢.

(٤) غاية المตهي مع مطالب أولى النهي ج ٦ ص ٤٧١، والإقناع وكشاف القناع عليه ج ٦ ص ٣٠٨ - ٣٠٩، والإنصاف ج ١١ ص ١٩٧، ومتهى الإرادات ج ٢ ص ٥٧٨، عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١٤٨، ١٤٧.

فَلَبِثُوا [البقرة: ٢٨٣]، فَدَلَّ الوعيد على لزوم الحكم بشهادته، وكقوله ﷺ [من عَلِمَ عَلَيْهِ وَكَتَمَهُ أَجْحَمَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِلِجَامِ مِنْ نَارٍ]، فَدَلَّ الوعيد على لزوم الحكم بِمَا أَبْدَاهُ^(١) .

[٢] قوله ﷺ [إِذَا كُنْتُمْ ثَلَاثَةً فَأَمْرُوا عَلَيْكُمْ وَاحِدًا] فصار بتأميرهم له نافذ الحكم عليهم كتفوذه لو كان واليًا عليهم. ولذلك انعقدت الإمامة للإمام باختيار أهل الاختيار^(٢) .

[٣] لولا لزوم لما كان للترافع إليه معنى^(٣) .

[٤] التحكيم لا يكون دون الصلح، وبعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع^(٤) .

» القول الثاني:

يشترط رضا الخصميين بعد الحكم «.. فلا يلزم حُكْمَ الْحَكَمِ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا وَيَكُونُ

(١) المغني ج ١١ ص ٤٨٤ وكشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٩ والخلاف ج ٣ ص ٣٢٢ . وحديث (من حكم بين اثنين ..) رواه أبو بكر في الكشاف^١ . وورد في تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٨٥ : (الحديث) ابن الجوزي في التحقيق، قال ذكر عبد العزيز من اصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد فذكره، وتعقبه صاحب التفريع فقال: هي نسخة باطلة، كما صرخ هو به في الموضوعات، وبالغ في الخط على الخطيب لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب التحقيق. وأنظر: جواهر الأخبار ج ٦ ص ١١٤ عن التلخيص.

و الحديث (من عَلِمَ عَلَيْهِ وَكَتَمَهُ أَجْحَمَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِلِجَامِ مِنْ نَارٍ) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وابن حبان والحاكم وصححاه عن أبي هريرة وقال الترمذى: أنه حسن صحيح. المقاصد الحسنة رقم ١١٦٨ ص ٤٢٥ ولفظه: من كتم علماً يعلمه أ Germ يوم القيمة بلجام من نار.

(٢) أدب القاضي السابق - و الحديث (إِذَا كُنْتُمْ ثَلَاثَةً فَأَمْرُوا عَلَيْكُمْ وَاحِدًا) رواه الطبراني بإسناد حسن عن ابن مسعود. كشف الخفاء للعجلوني رقم ٢٦٧ ج ١ ص ٩٧ .

(٣) الخلاف ج ٣ ص ٣٢٢ .

(٤) شرح منير القاضي على المجلة ج ٤ ص ١٩٣ و بين الحقائق ج ٤ ص ١٩٣، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٠ والمبسط ج ٦ ص ١١١ .

ذلك الحكم كالفتوى منه». وهو أحد قولى الشافعية^(١) وأحد قولى الزيدية^(٢) والإمامية^(٣).

ـ وقد استدلوا على ذلك بأنه:ـ

١ـ أن المحكم ليس بحاكم^(٤).

٢ـ حكم المحكم إنما يلزم بالرضا به، ولا يكون إلا بعد المعرفة بحكمه^(٥).

٣ـ رضا المُحاكمين معتبر في أصل الحكم، فكذا في لزومه^(٦) كالفتيا، لأنه لما وقف على خياراتهما في الابتداء وجب أن يقف على خياراتهما في الانتهاء^(٧).

(١) اختلاف العراقيين في الأم جـ٧ ص ١٠٣ وأدب القاضي للماوردي جـ٢ ص ٣٨٢ عن اختلاف العراقيين، ومعنى المحتاج جـ٤ ص ٣٧٩ ونهاية المحتاج جـ٨ ص ٢٣١ والجلال جـ٤ ص ٢٩٨ والسراج الوهاج ص ٥٨٩ والمذهب جـ٢ ص ٢٩١. والمعنى جـ١١ ص ٤٨٣ وبهامشه الشرح الكبير ص ٣٩٢. ونص الشافعى في اختلاف العراقيين المشار إليه آنفًا هو:

(إذا) اصطلاح الرجال على أن يحكم الرجل بينهما في شيء يتنازعان فيه فحكم لأحدهما على الآخر، فارتفعا إلى القاضى، فإذا خلاف ما يرى الحكم بينهما، فلا يجوز في هذا إلا واحدا من قولين: الأول: إما أن يكون إذا اصطلاحا جائعا على حكمه ثبت القضاء، وافق ذلك قضاء القاضى أو خالقه، فلا يكرر القاضى أن يرد من حكمه إلا ما يرد من حكم القاضى غيره من خلاف كتاب أو سنة أو إجماع أو شيء داخل في معناه.

الثانى: إما أن يكون حكمه بينهما كالفتيا، فلا يلزم واحداً منها شيء، فيتدنى القاضى النظر بينهما كما يتدنى بين من لم يحاكم إلى أحد).

وظاهر هذا النص أن هذين القولين يكونان عند ارتفاع الخصمين إلى القاضى بعد حكم الحكم بينهما، ورأى القاضى خلاف ما يرى الحكم.

ثم إن القاضى عند الشافعية لا يجوز له تفاسير حكم الحكم إلا من حيث ينقض حكم القاضى، كما ذكره الشافعى هنا، فلا فرق بعد حكم الحكم عليهما، بين ارتفاع الخصمين إلى القاضى أو عدم ارتفاعهما إليه.

(٢) البحر الزخار جـ٦ ص ١١٤.

(٣) مفتاح الكرامة جـ١٠ ص ٣ عن المبسوط والروضة جـ١ ص ٢٣٨.

(٤) البحر الزخار، السابق.

(٥) المعني والشرح الكبير، السابقان.

(٦) معنى المحتاج ونهاية المحتاج والمذهب وروضه القضاة السابقة، وأنظر د/ الدورى ص ١٥٣.

(٧) أدب القاضي للماوردي جـ٢ ص ٣٨٢، عقد التحكيم للدوري، المرجع السابق ص ١٥٣.

٤- في إلزام حكم الحكم أفتئات على القاضي والإمام^(١).

* تعليق التحكيم وإضافته:

- التحكيم بالشرط كقوتها للرجل: إذا قدمت القاهرة فاحكم بيتنا.

- وإضافة التحكيم إلى وقت: كقوتها للرجل: جعلناك حكماً غداً^(٢).

وقد اختلف الحنفية في تعليقه وإضافته على قولين:

» القول الأول: يجوز، وهو قول الإمام محمد، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية في

المادة ١٨٤٦.

لأن التحكيم تولية وتفويض، لأن كل واحد من الخصمين بالتحكيم يفوض إلى الحكم، ما كان يملك فعل ذلك بنفسه، فأشباهه القضاء، وتقليل القضاء يجوز مضافاً ومعلقاً، فكذا التحكيم^(٣).

» القول الثاني: لا يجوز وهو قول أبي يوسف^(٤)، وعليه الفتوى^(٥).

لأن التحكيم تولية صورة وصلاح معنى، لأنه لا يثبت إلا بتراضى الخصمين، والمقصود به قطع منازعة قد تحققت بينهما، وهذا هو معنى الصلح، فلا يصح معلقاً ومضافاً قياساً على سائر المصالحات.

(١) روضة القضاة ج ١ ص ٧٩ والمهذب.

(٢) مجمع الأئم ج ٢ ص ١١٣، وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢، والفتاوی الهندية ج ٣ ص ٣٩٨، ومعين الحکام ص ٢٥، والفتاوی الطرسوسية ص ٣٢٠ - ٣٢٢ نقلًا عن البحر المحيط وتممة الفتاوی والمحيط وقاضیخان.

(٣) الوجيز في التحكيم ص ١٧، وعقد التحكيم وإجراءاته، د/ أحد أبو الروفاص ٢٧ بند ٧.

(٤) جامع الفصولين والفتاوی الهندية ومجمع الأئم ومعین الحکام، السابقة، وأنظر رأى أبي يوسف أيضًا في: فتح الکدير ج ٥ ص ٤٩٨ والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٤ و ٢٧ ورد المحثار ج ٥ ص ٤٢٧ عن البحر.

(٥) مجمع الأئم ج ٢ ص ١١٣ عن الخامنی.

» توثيق التحكيم:

إذا اصطلحا على حَكْم يَحْكُم بِيْنَهُمَا فِي يَوْمِهِ هَذَا، أَوْ فِي مَجْلِسِهِ هَذَا، فَهُوَ جَائز، أَلَا يَرِي أَنَّهُ جَائز تَقْلِيدَ الْفَضَّاءِ مَؤْقَتاً؟ فَكَذَا التَّحْكِيمُ. فَإِنْ مَضِي ذَلِكَ الْيَوْمُ، أَوْ قَامَ عَنْ مَجْلِسِهِ ذَلِكَ، لَا يَبْقَى حَكْمًا^(١).

□ الشرط الثاني: أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً:

وَمَحْلُ الْعَقْدِ هُوَ مَا كَانَ التَّعْاَدُدُ بِخُصُوصِهِ وَوَاقِعًا عَلَيْهِ. وَيُشَمَّلُ ذَلِكَ مَا كَانَ مَالًا كَالْكِتَابِ وَالْدَّارِ، أَوْ مَنْفَعَةً مَالَ كَسْكُنِ الدَّارِ وَرَكْوَبِ السِّيَارَةِ، أَوْ مَنْفَعَةً مَا لَيْسَ بِمَالٍ كَالْمَنْفَعَةِ الْمَتَرَبَّةِ عَلَى عَقْدِ الزَّوْجِ. أَوْ عَمَلًا كَعَمَلِ الطَّبِيبِ، وَالْمَعْلُومِ وَالْمَهْنَدِسِ. فَهَذِهِ كُلُّهَا يَنْعَدِدُ عَلَيْهَا الْعَقْدُ، وَيَرْتَبُ عَلَيْهِ أُثْرُهُ مَا دَامَ الْمَحْلُ قَابِلًا لِظَّهُورِ حَكْمِ الشَّرْعِ فِيهِ وَغَيْرِ مَنْهِي عَنْهِ^(٢).

فَلَوْ كَانَ مَحْلُ الْعَقْدِ لَا يُعْتَبَرُ مَالًا فِي نَظَرِ الشَّارِعِ كَلْحَمِ الْمِيَةِ، أَوْ كَانَ مَنْفَعَةً مَالَ لَا يُعْتَبَرُهَا الشَّارِعُ كَاسْتِجَارِ سَلَاحِ لَقْتَلِ شَخْصٍ بِغَيْرِ حَقٍّ، أَوْ مَنْفَعَةً مَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا يُعْتَبَرُهَا الشَّارِعُ كَالْزَوْجِ بِمَحْرَمٍ، أَوْ عَمَلًا نَهَى الشَّارِعُ عَنْهُ كَاسْتِجَارِ شَخْصٍ لِلْسَّرْقَةِ، فَإِنْ ذَلِكَ الْعَقْدُ لَا يَنْعَدِدُ وَلَا يَرْتَبُ أَثْرًا رَغْمَ الإِبْجَابِ وَالْقَبُولِ فِي الظَّاهِرِ^(٣).

وَالْمَحْلُ فِي عَقْدِ التَّحْكِيمِ هُوَ فَضْلُ النَّزَاعِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمَيْنِ وَإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ، فَهُوَ مَنْفَعَةً مَالَ لَيْسَ بِمَالٍ، أَيْ: هُوَ مَنْفَعَةً مَتَرَبَّةً عَلَى عَقْدِ التَّحْكِيمِ.

□ الشرط الثالث: أن يتصل الإيجاب والقبول في مجلس العقد:

وَهَذَا الشَّرْطُ مُتَفَقٌ عَلَيْهِ بَيْنَ الْفَقَهَاءِ وَلَكِنَّهُمْ مُخْتَلِفُونَ فِي الْمَرَادِ بِالاتِّصَالِ.

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٨ والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٧، د/ الدورى، المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٢) روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٤، حواشى الشروانى ج ٤ ص ٢٣.

(٣) المدخل للفقه الإسلامي ص ٥١٧، د/ الدورى، المرجع السابق، ص ١٥٩.

فمن الفقهاء كالشافعية كما جاء في نهاية المحتاج من يقول: إن المراد به كون القبول فور الإيجاب فإذا توسط بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ولو لم يعتبر إعراضاً عن العقد لا يتحقق الاتصال فيتفقى انعقاد العقد^(١).

ورأى الحنفية أن إلزامه بالفورية تضييق عليه، والخرج مرفوع فهو بحاجة إلى التدبر والتأمل، ولكن لا يجوز أن يسمح له أن يتأخر في الرد على الموجب بالقبول أو الرفض لأن فيه ضرراً على الموجب، وفيها ذهب إليه الحنفية توسيعة وتيسير على الناس في معاملاتهم.

والاتصال هنا معناه: أن يصدر القبول متصلة بالإيجاب في مجلس العقد إن كانوا حاضرين دون أن يفصل بينهما فاصل. فإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فيجب على الغائب بمجرد وصول الإيجاب إلى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب بدون فاصل.

وعند الحنفية يعتبر المجلس متتهماً عندهم إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، أو قام أحدهما عن المجلس قبل القبول، أو حدث ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر، أو الانتقال إلى حديث آخر^(٢).

ومن ذلك يتضح أن الخصمين إذا حكم الحكم فصدر الإيجاب منها، وقبل الحكم ذلك، واتصل قبوله بإيجابهما، انعقد عقد التحكيم، وإن لم يكن ذلك الاتصال فورياً في المجلس، مادام لم يتأخر في الرد على الموجب، كما قال الحنفية.

(١) د/ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ص ٤٢٢، أ، عزة قطوره، المرجع السابق ص ٦٧.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي، ص ٥١٩، والمدخل للدراسة الشرعية ص ٢٩٠، التحكيم في الشريعة الإسلامية د/ الدورى المرجع السابق ص ١٦١، د/ أحمد زكي عويس، النظريات العامة في الفقه الإسلامي ص ٦٥٥.

□ **الشرط الرابع: أن يكون العاقد أهلاً للتعاقد:**
ويقصد بذلك أن يكون الشخص ميزاً يتحقق فيه الإرادة، ولا يتحقق هذا إلا في شخص له **أهلية الأداء**^(١).

ويعرف الأصوليون **أهلية الأداء** بأنها: صلاحية المكلف لأن تعتبر شرعاً أقواله وأفعاله، بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف كان معتبراً شرعاً، وترتب عليه أحكامه. وقد اعتبر الفقهاء هذا الشرط في **المحْكَم** لأنه لما كان كالمحَاكم اعتبرت فيه شروط القاضي.

كما في الفتاوى

(١) المدخل للفقه الإسلامي ص ٥١٥.

الفصل الثالث

» الحقوق التي يتم فيها التحكيم «

اختلف الفقهاء فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز على أقوال عديدة، وذلك على النحو التالي:

□ أولاً: الأحناف:

يرى الأحناف أن التحكيم في منزلة الصلح، مما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، وبالتالي يجوز التحكيم في أي نزاع ما عدا الحدود كالسرقة والزنا وشرب الخمر والردة^(١)، والقصاص فيما دون النفس كقطع اليد وفقاً العين وما إلى ذلك، والدية على العاقلة^(٢).

- وحجة عدم جواز التحكيم في الحدود:

١- أنها حق لله تعالى، وأن الإمام هو المتعين لا سيتفاءها^(٣).

٢- أن حكم الحكم بمنزلة الصلح وهذه لا تجوز بالصلح، فلا تجوز بالتحكيم^(٤).

(١) معين الحكم ص ٢٥، البناء على الهدى ج ٧ ص ٦٩، فتح القدير ج ٦ ص ٤٠٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٦٨، رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٤٢٩، الزيلعي ج ٤ ص ١٩٣، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٠، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٦، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٦، شوكت عليان - السلطة القضائية في الإسلام - رسالة دكتوراه، الأزهر ١٣٩٢هـ - ١٩٩٣م، ص ٤٦٣ وما يلها.

(٣) أدب القاضي لابن مازة ج ٤ ص ٦٣، الفتح القدير والغاية ج ٥ ص ٥٠٠، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٦، عقد التحكيم للدورى المرجع السابق ص ٢٤٤، القضاء في الفقه الإسلامي، رأفت عثمان المرجع السابق ص ٣٢، القضاء في الإسلام، محمد عبد القادر ص ١٧٦.

(٤) أدب القاضي لابن مازة ج ٤ ص ٦٣، الفتح القدير والغاية ج ٥ ص ٥٠٠، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٦، عقد التحكيم للدورى المرجع السابق ص ٢٤٤، القضاء في الفقه الإسلامي، رأفت عثمان المرجع السابق ص ٣٢، القضاء في الإسلام، محمد عبد القادر ص ١٧٦.

٣- أن حكم المحكم حجة فقط في حق الذين حكمواه وليس حجة في حق غير المحكمين فيكون في هذا شبهة القصاص والحدود تذرأ بالشبهات^(١).

٤- المحكمان لا يملكان إباحة دمها فلا يجوز حكم الحكم فيما توقف حكمه على صحة تحكيمها.

فمن عليه الحد لا يقيمه على نفسه، فكذلك ليس للحكم أن يقيم شيئاً من ذلك^(٢).

٥- التحكيم تفويض، والتفويض يصح بما يملك المفوض فيه بنفسه وما لا يصح فيه لا يملك كالتوكيل^(٣).

وحيث إن استيفاء عقوبة الديمة ما يستقبل به ولي الأمر وأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير الخصوم، فكان فيه شبهة، والحدود تذرأ بالشبهات كما أن القصاص لا يجوز فيه لعدم خضوعه للصلح، حيث إن الإنسان لا يملك دمه حتى يجعله موضعًا للصلح، كما لا يصح التحكيم في ما يجب من الديمة على العاقلة، كما أسلفنا، لأنه لا ولادة للحكمين على العاقلة، ولا يمكنهما الحكم على القاتل وحده بالديمة، لخالفته حكم الشرع الذي يوجب الديمة على القاتل وحده دون العاقلة إلا في مواضع محددة، كما لو أقر بالقتل خطأ^(٤). أما في تلك المواضع المحددة فإن التحكيم جائز ونافذ^(٥).
وأحق الحنفية «اللعان» بالحدود لأنه قائم مقام الحد.

(١) تبيان الحقائق ج ٤ ص ١٩٣، عقد التحكيم للدوري ص ٢٤٤.

فتح القدير وشرح الغابة على المداية للجابرية ج ٧ ص ٣١٨.

(٢) المبسوط ج ٦ ص ١١١.

(٣) قحطان الدوري في عقد التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٤٥، معين الحكم ص ٢٥، د/الأسطل ص ١٣٥.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٩، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٦.

(٥) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٦.

وقد اختلف فقهاء الحنفية في حَدَّ القذف والقصاص، وسأيّن ذلك على النحو التالي:

(أ) حَدُّ القذف:

اختلفت آراء فقهاء المذهب الحنفي في حَدُّ القذف على قولين:

» **القول الأول:** يجوز التحكيم فيه وهو ما ذكره شمس الأئمة السرخسي عن بعض الحنفية^(١) وهو قول ضعيف^(٢).

» **القول الثاني:** لا يجوز التحكيم فيه وذلك لما يأتى^(٣):

١- لأن الغالب فيه حَقُّ الله تعالى على الأَصَح^(٤).

٢- لأن حُكْمَ الْحَكَمَ بِمَنْزِلَةِ الْصَّلْحِ وَلَا يَجُوزُ اسْتِيْفَاءُ حَدَّ الْقَذْفَ بِالصَّلْحِ.

٣- لأنَّه يَنْدَرِئُ بِالشَّبَهَةِ، وَفِي حُكْمِهِ شَبَهَةٌ لِأَنَّه حُكْمٌ فِي حَقِّهِمَا لَا فِي حَقِّغَيْرِهِمَا، وَأَيُّ شَبَهَةٌ أَعْظَمُ مِنْ هَذَا^(٥)؟!

(ب) القصاص: وللحنفية فيه قولان:

- أولاهما: يجوز التحكيم في القصاص. وهو ما ذكره شمس الأئمة عن بعض الحنفية^(٦):

وذلك لما يأتى:

١- أن ول القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز فكذا

(١) شرح أدب القاضي لابن مازه ج٤ ص٦٣ ، البحر الرائق ج٧ ص٢٦.

(٢) رد المحتار على الدر المختار ج٥ ص٤٢٩.

(٣) شرح بن مازه المرجع السابق، البحر الرائق المرجع السابق، فتح القدير ج٥ ص٥٠٠.

(٤) البحر الرائق ج٧ ص٢٦.

(٥) فتح القدير وشرح الغاية على المداية للجابرية ج٧ ص٣١٨.

(٦) الغاية ج٥ ص٥٠٠ ، شرح أدب القاضي لابن مازه ج٤ ص٦٣ .

إذا حكم فيه؛ لأنّه من حقوق العباد^(١).

٢- التحكيم تفويض وَتَوْلِيَةٌ في حقها وإن كان صالحًا في حق غيرها وهم يملكون استيفاء القصاص فيصح تفويضه إلى غيرها^(٢).

وقد ضعفه ابن نجيم لأنّه لم يكن حَقًا مُحْضًا للعبد بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان^(٣)، وإن كان الغالب حق العبد.

- ثانية: لا يجوز التحكيم في القصاص لأن القصاص كالحدود وحجّة قوّتهم:

١- أنه لا ولادة للمحکمين على دمها ولهذا لا يملكون الإباحة^(٤).

٢- حُكْمُ الْمُحْكَمَ ليس بحجّة في حق غير المحکمين فكانت شبهة القصاص كالحدود لا تستوف بالشبهات^(٥).

٣- حُكْمُ الْمُحْكَمَ بمتنزلة الصلح والقصاص كحدّ القذف لا يجوز استيفاؤه بالصلح فلا يجوز بالتحكيم^(٦).

٤- القصاص لم يتمحصن حق العبد بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان وإن كان الغالب حق العبد^(٧) كما أسلفنا.

(١) فتح الدير ج٥ ص١، البحر الرائق ج٧ ص٢٦، قطحان الدوري، المراجع السابق ص٢٥٢، عزة قطورة المراجع السابق ص٧٧.

(٢) معين الحكم ص٢٥.

(٣) البحر الرائق ج٧ ص٢٦.

(٤) البحر الرائق ج٧ ص٢٦.

(٥) الغاية ج٥ ص٥٠٠.

(٦) شرح أدب القاضي لابن مازه ج٤ ص٦٣، البحر الرائق المراجع السابق، معين الحكم ص٢٥، عن الحصان.

(٧) البحر الرائق وقطحان الدوري المراجع السابق.

□ ثالثاً: المالكية^(١):

التحكيم جائز عندهم في الأموال والجراح ولكن لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بحق الله تعالى كالحدود كالزنا والردة والقتل والعتق والطلاق، كما لا يجوز التحكيم في الحقوق المتعلقة بالغير - كاللعان والولاء لشخص على آخر والنسب كإثباته أو نفيه^(٢). والحكم إذا حكم فيها لا يجوز له التحكيم فيه، فإنه يمضي إن كان صواباً وليس لأحدهما ولا لحاكم غيرهما أن يقضيه، لأن حكم الحكم يرفع الخلاف كحكم الحاكم^(٣).

□ ثالثاً: مذهب الشافعية:

اختلاف الشافعية فيها يجوز فيه التحكيم على النحو التالي:

↳ القول الأول: إن التحكيم جائز في كل شيء كالمولى من جهة الإمام^(٤).

↳ القول الثاني: إن التحكيم جائز في غير حدود الله تعالى، وكذا حقوق الله المالية التي ليس لها طالب معين كالزكاة.

↳ القول الثالث: إن التحكيم جائز في الأموال فقط، أما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف وغيرهم فلا يجوز فيهم التحكيم مطلقاً بحججة مالية:

١- أن المال أخف.

٢- خطر هذه الأمور الأربع، فتناط بنظر القاضي ومنصبه^(٥).

(١) د/ سيد محمود (نظام التحكيم) المرجع السابق ص ٥١.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٣، ٤٤، ٥٥، المتقدى شرح الموطأ ج ٥ ص ٢٢٨، حاشية الخروشي ج ٥ ص ٢٩٩.

(٣) الشرح الصغير للدردير ج ٤ ص ١٩٩، ٢٠٠، والشرح الكبير والدسوقي عليه ج ٤ ص ١٣٦، عقد التحكيم للدوري ص ٢٦٤، د/ الأسطل ص ١٣٨.

(٤) روضة الطالبين ج ١١ ص ٢٦٢، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩، القضاء في الإسلام د/ محمد عبد القادر أبو فارس ص ١٧٧.

(٥) المغني ج ١١ ص ٤٨٤ ويهامشه الشرح الكبير ص ٣٩٣.

٣- حيث إنها حقوق بُنِيتَ على الاختيارات فلا يجوز فيها التحكيم كما ورد: بأن الصحيح عدم الاختصاص، لأن من صح حكمه في مال صَحَّ في غيره كالمولى من جهة الإمام.

ونقل الإجماع على عدم جواز التحكيم في هذه الأمور الأربعه^(١).

□ رابعاً: مذهب الحنابلة:

إن المعتمد في مذهب الإمام أحمد بن حنبل (رحمه الله) أن حكم المُحْكَم ينفَذُ في المال والقصاص والحدود والنكاح واللعان، أى في جميع الحقوق المتعلقة بالله، والحقوق المتعلقة بالأدميين.

وذلك بحججة: أنه كحاكم الإمام، الذي ينفذ حكمه في جميع الأحكام.

ويرى بعض فقهاء الحنابلة أنه ينفذ حكم المُحْكَم في جميع الأحكام إلا في أربعة: هي .. الزواج - اللِّعَان - القذف - القصاص^(٢). لأنها لها مُزَيَّةٌ على غيرها، وللتغليظ فيها، فلا يتولى الحكم فيها إلا الإمام ونائبه^(٣). وخصوصاً اللعان لأن فيه دعوى إنكار.

وصرَّح صاحب كشاف القناع من فقهاء الحنابلة بأن حكمه ينفذ في كل الأمور من قصاص أو حدٌ أو زواج أو لِعَان أو غيرها^(٤).

* خلاصة آراء الفقهاء^(٥):

يقول الدكتور الأسطل: «إنه لا خلاف بين الفقهاء على أنه يجوز التحكيم في الأموال

(١) نقل الإجماع على عدم جواز التحكيم في هذه الأربعه، ولكن ليس ذلك بصواب لورود الأقوال الأخرى، هامش عقد التحكيم د/ الدوري، المراجع السابق ص ٢٦١.

(٢) المغني ج ٩ ص ١٠٨، د/ رأفت عثمان، المراجع السابق ص ٣٤.

(٣) المغني ج ١١ ص ٤٨٤، وبهامشه الشرح الكبير ص ٣٩٣ وكلاماً عن القاضي، الشرح الكبير لابن قدامة ص ١٦٥.

(٤) كشاف القناع من الأقناع للبهوتى ج ٦ ص ٣٠٣.

(٥) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل المراجع السابق ص ١٤١.

وما يجري بعراها وما عدا ذلك، كحدود الله وحقوقه المالية، فإن الجمhour على أنه لا يجوز فيها التحكيم لأنه لا طالب لها معين، أو لأن الشارع استلزم فيمن يباشر النظر فيها أن يكون صاحب ولاية عامة لخطرها، وما يعود على المجتمع بالضرر العام إذا أبىغ لغير الحاكم النظر فيها».

وبعد أن تناولنا بيان آراء الفقهاء واختلافاتهم في تحديد النطاق الموضوعي للتحكيم.. فإنه يجب لتحديد هذا النطاق التفرقة بين أمرين:

- الأول: إذا كان التحكيم قد صدر من أشخاص عاديين، ولم تكن لهم الصفة العامة.. أى إذا صدر التحكيم من شخص ليست له ولاية عامة ففي هذه الحالة يفرق بين الأمور التي تستلزم فيمن يباشرها أن يكون صاحب ولاية عامة سواء بأمر السلطان أو نظراً لطبيعتها، أى لكونها تتعلق بالصالح العام، إذ إن القاعدة، [ما كان نفعه أو ضرره عاماً فإن أمر النظر فيه يكون للإمام أو إلى من يفوضه الإمام إليه]^(١) وهي ما تعرف في إصطلاح القانونيين بالأمور المتعلقة بالنظام العام، والتي ينظمها القانون بقواعد آمرة، وهذه الأمور لا يصح اتفاق الخصوم على التحكيم بشأنها كالتحكيم في الحدود التي تجب حتى الله كحد السرقة والسكر والقتل، أو الحجر على السفيه أو المفلس، أو التصرف في مال اليتيم وغيرها من الأمور التي يستلزم فيمن يباشرها أن يكون له ولاية عامة.

- الثاني: إذا صدر التحكيم من له ولاية عامة، وباعتبار تلك الصفة كالإمام أو نائبه إذا كان مأذوناً له، كالوزير أو الأمير، أو صاحب ولاية الحرب أو الحسبة أو ولاية المظالم وغيرها من الولايات العامة، فإنه يصح وينفذ على الكافة، بمعنى أن التحكيم في

(١) السير الكبير للشيباني جـ ٢ ص ٥٧٦، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل المرجع السابق ص ١٤١.

الأمور المتعلقة بالنظام العام، يجب أن يصدر من له ولية عامة كالأمام أو نائبه. وبهذا نجد أن التحكيم أوسع نطاقاً مما تناوله الفقهاء في كتب الفقه، ومرجع ذلك أن الفقهاء تناولوا التحكيم باعتباره ولية مُسْتَمَدَّةٌ من آحاد الناس، وليس مستمدًا من له ولية عامة.

وفي هذا يقول ابن فردون^(١): «وأما ولية التحكيم بين الخصمين فهي ولية مستفادة من آحاد الناس، ومثل ذلك في معين الحكم».

وقد يقول قائل أن التحكيم الذي يصدر من الإمام يكون فيه الحكم قاضياً بتعيين الإمام له، ويباشر عمله باعتباره قاضياً مولى وليس حكماً، ولكن هذا القول منقوض بما وقع على عهد رسول الله ﷺ عندما حكم سعداً في بنى قريظة فلقد استوثق سعد من تحقق الرضا من كلا الفريقين وقبل إصدار الحكم، ولو كان قاضياً لما كان في حاجة للتشتبث من رضا بنى قريظة، وعليه فإن الإمام إذا احتجم مع خصميه إلى أحد رعيته، صح ذلك وإنها يشترط رضا الخصم ولا يقال أن الحكم هو نائب الإمام فلا يشترط رضا الخصم.

ونستطيع أن نتبين نطاق التحكيم في القانون الوضعي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وذلك على النحو التالي: بداية يجب تحديد موضوع التحكيم إذ به تتحدد ولية المحكمين، فيكون قرارهم إن خرجوه عليه باطلًا. ويكتفى كقاعدة عامة أن يبين

(١) تبصرة الحكم ج ١ ص ٤.

(٢) الطراوطي ص ١٢، ويقول الماوردي في أدب القاضي: «إذا حكم خصمك رجلاً من الرعية .. جاز ذكر أن التحكيم يصدر من الشخص باعتباره من آحاد الناس وليس صاحب صفة، ثم ذكر الدليل على الجواز، تحكيم على رضي الله عنه في الإمامة، وقد وقع منه رضي الله عنه باعتبار صفتة كخليفة، وإنما صح منه ذلك».

الخصوم موضوع التحكيم بوجه عام دون تفصيل لكل أوجه النزاع. ولا يشترط أن يكون التحديد في مشارطة التحكيم، أو في شرط التحكيم، بل من الجائز اتفاق الخصوم على هذا التحديد أثناء المرافعة أمام المحكمين، فإن لم يتم هذا التحديد فيكون الاتفاق على التحكيم باطلًا^(١).

كما يجب أن يكون التحكيم بشأن المصالح المالية التي تترتب عليها الحالة الشخصية التي تنشأ عن ارتكاب جريمة. والقصد من خروج هذه المسائل عن ولاية التحكيم أنها تمس المصلحة العامة (الأحوال الشخصية - الجنسية - أو أي موضوع يتصل بوجه عام بالنظام العام) فيجب أن تكون تحت رقابة وإشراف السلطة العامة الممثلة في المحاكم، والتي يجب أن تسرى عليها قواعد عامة موحدة.

ومن هنا لا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بصحمة جواز أو وراثة أو حجر، وإنما يجوز التحكيم في دعوى تتعلق بتحديد مقدار النفقة الواجبة لأحد الأقارب أو الزوجة، أو بتلك المتعلقة بتقسيم تركة بين الورثة، أو تقسيم إدارتها قبل تقسيمها. أما بالنسبة للجرائم لا يجوز التحكيم بصفة تحديد مسؤولية الشخص الجنائية لإصدار قرار بشأن ارتكابه جريمة، أو براءته منها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الفتنة والاضطراب، وإنما يجوز التحكيم فيما يتعلق بالآثار المالية للجرائم، مثل التعويض والاسترداد والإزالة^(٢).

وفي الفقه الإسلامي تحديد لنطاق التحكيم المسلم به أن هناك منازعات يجوز

(١) أصول علم القضاء - قواعد المراجعات - في التنظيم القضائي والدعوي والختصاص، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبنظام المملكة العربية السعودية. د/ عبد الرحمن عياد، المراجع السابق، طبعة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م.

(٢) التحكيم بالقضاء والصلح د/ أحمد أبو الروف، طبعة ١٩٦٤ ص ١١، النظام القضائي المدنى د/ محمد عبد الخالق عمر طبعة ١٩٧٦ ص ١٨ - ١٩، أصول علم القضاء د/ عبد الرحمن عياد، المراجع السابق ص ٦٠.

التحكيم فيها وتشمل الحقوق المالية وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء، ومواضع لا يجوز فيها التحكيم وهو ما اختص القضاة بالإجبار إليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقيه^(١) .. وقسم ثالث مختلف فيه، ويشمل النكاح واللعان والقذف والقصاص، وذلك كما أسلفنا في ذات المبحث.

فرأى يذهب إلى جواز التحكيم في كل شيء، فقال بعضهم «وإن تحاكم شخصان إلى رجل صالح للقضاء بينهما فحكم، تقدّم حكمه في المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها»^(٢).

وقال آخر: «فلو حكم اثنان فأكثر شخصاً صالحاً للقضاء تقدّم حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم من ولاه الإمام أو نائبه، لحديث أبي شريح المشهور وفيه أنه قال (يا رسول الله إن قومى إذا اختلفوا في شيء أتونى فحكمت بينهم فرضي كل الفريقين. قال: ما أحسن هذا) ثم استدلّ بتعاليم بعض الصحابة إلى ممكّين وقال بأن حكم المحكم يرفع الخلاف ولا يجوز تقدّمه حيث أصاب الحق لأن من جاز حكمه لزم لتقاضى الإمام»^(٣).

ولكن السواد الأعظم من الفقهاء^(٤) يُصررون التحكيم على الحقوق المالية دون الحدود واللعان والقصاص ويُلحّق بها جميع الجرائم لاتحاد العلة^(٥) وفي تبيين الحقائق^(٦): «شرط لتفوز حكمه أن يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لأن تحكيمها بمنزلة

(١) الماوردي في أدب القاضي جـ ٢ ص ٣٨١، نقلًا عن القضاة في الإسلام للدكتور عبد العزيز خليل بدبوى طبعة ١٩٧٩ ص ١٨، د/ عبد الرحمن عياد المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) كشاف القناع جـ ٦ ص ٢٤٨.

(٣) منار السبيل جـ ٢ ص ٤٥٩.

(٤) النظام القضائي الإسلامي د/ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، طبعة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م، ص ٤٥٩.

(٥) تبصرة الحكماء جـ ١ ص ٢١٩، معين الحكماء ص ٢٧، د/ عبد الرحمن عياد المرجع السابق ص ٦١.

(٦) تبيان الحقائق جـ ٤ ص ١٩٣.

الصلح بينهما، وليس لها ولاية على دمها، وهذا لا يملكان إياحته، وكذا لا ولاية لها على العاقلة، فلا ينفذ حكم من حكماء على عاقلته، ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفًا لحكم الشرع، لأن الديمة تجب على العاقلة لا على القاتل».

وقال الخصاف «ولا يجوز أن يحکم في حد ولا قصاص، وإن حكماء في دم خطأ فحكم على العاقلة بالدية لم يجز، لأن العاقلة لم ترض به». وعلى ذلك يقتصر التحكيم على الأموال وما في معناها، فلا يقيم الحكم حدًا ولا بلا حق بين الزوجين، ولا يحکم في قصاص أو قذف ولا طلاق ولا نسب»^(١).

- ويطيب لنا أن نختم هذا البحث بما نراه أن يكون هو الراجح وذلك على النحو التالي:

١] لا يجوز التحكيم في:

أ - ما هو حق خالص لله تعالى، كالحدود الواجبة حقًا لله تعالى كحد الزنا والسرقة والبغاء.. لأن حقوق الله تعتبر حقًا للمجتمع، وشرعت للمصلحة العامة لا لمصلحة فرد، وهي من النظام العام، ولم يملك أحد إسقاطها ولعزم أمرها لا تنطأ إلا بالقاضي.

ب - ولا في ما اجتمع فيه الحقان: حق الله وحق المكلف، سواء غالب فيه حق الله كحد القذف. أم حق المكلف كالقصاص والتعزير. فلا بد من الاحتياط لها بأن لا يحکم فيها إلا القائم بالولاية العامة»^(٢).

٢] يجوز التحكيم في:

ما هو حق خالص للمكلف كالبيوع والكفالة والطلاق .. إذا لم يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع؛ لأن حق المكلف شرع لمصلحته الخاصة فله الخيرة إن شاء استوفاه أو

(١) المغني ج ٩ ص ١٠٨.

(٢) علم أصول الفقه د/ عبد الوهاب خلاف ص ٢٥٠ وما بعدها، د/ الدوري المراجع السابق ص ٢٦٧، الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٦٦، ومباحث الحكم عند الأصوليين ص ٢٠٤ وما بعدها.

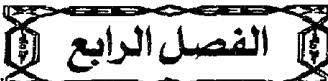
أسقطه، فجاز فيه التحكيم.

أما في القانون الوضعي فقد نص على أن التحكيم لا يصح إلا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح^(١). فقد ضيق القانون نطاق التحكيم وقيده في مسائل معينة وغير منضبطة، تبعاً لنظرة الدول إلى ما يُعدُّ من النظام العام أو الآداب.

أما الفقه الإسلامي فقد أباح التحكيم في جميع المسائل عدا ما ذكرنا، ما لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فالتحكيم في الفقه أوسع من القانون وأكثر تحديداً.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

(١) مادة (٢) من قانون المرافعات المصري ومادة ٢٥٥ من قانون المرافعات الكويتي، ومادة ٢ من نظام التحكيم بالملكة العربية السعودية، ومادة ٨٢٨ من قانون المحاكمات اللبناني، ومادة ٢٣٣ من قانون المرافعات البحريني، ومادة ٧٤٠ من قانون المرافعات الليبي.



الفصل الرابع

﴿ مَدِ لِزُوم حُكْمَ الْمُحْكَم ﴾

نظراً لأهمية الفصل بين المتخاضمين في أي نزاع .. سواء كان هذا الفصل عن طريق القضاء أو عن طريق التحكيم .. وذلك لإعطاء كل ذي حق حقه وتستقر المعاملات بين العباد. فلا بد من تراضي الخصميين واتفاقهما على اختيار إنسان ليحكم بينهما، ويرضيا به كمحكم.

أما إذا نصب إنسان نفسه حكماً بين الاثنين فحكمه غير نافذ، حتى وإن كان حكمه صواباً، والأكثر من ذلك إذا قبله أحد الخصميين ورفضه الآخر لا يعتبر حكمه نافذاً عليهما ولا يعتمد به.

أما إذا اختاره الخصميان واستمع إليهما ثم حكم بعد ذلك فحكمه ملزم للطرفين ونافذ بحقهما عند جمهور الفقهاء. وذلك دون توقف على رضا الخصميين، وحكمه في ذلك حكم القاضي. وليس للمحكم أن يرجع عن حكمه فلو رجع عن حكمه وقضى للآخر لم يصح قضاوته لأن الخصومة قد تمت بالقضاء الأول فكان القضاء الثاني باطلأ^(١).

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٧١، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٧، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤، ويرجع ذلك إلى أن السلطة العامة موضوعة تحت تصرف المحكم لتمكينه من فرض الاحترام لقراره فله سلطة الأمر والحبس في حال وجود أي تمنع عن تنفيذ قراره «رد المحتار جـ ٤ ص ٤٨٦». ويقتضي أن يتمتع بالصفات والأهلية التي تخلوه أن يكون قاضياً (مواهب الجليل جـ ١ ص ١١٢)، ولكن رغم الصفة القضائية لحكم المحكم إلا أنه مختلف عن الأحكام القضائية حيث إنه إذا كان لقرار التحكيم بحد ذاته الصفة التنفيذية، فإنه ليست للمحكم سلطة التنفيذ ويحتاج لتدخل من القاضي ليتمكن من تنفيذ قراراته، الأحدب جـ ١ ص ٨٥. ولكن وفقاً لرأي آخر منسوب للإمام الشافعي «الماوردي - أدب القاضي - جـ ٢ ص ٣٨٢» فإن الصفة الإلزامية للقرار التحكيمي ترتكز على إرادة الفرقاء، وأن موافقة هؤلاء هي ضرورة لتنفيذ القرار التحكيمي حتى بعد صدوره، ويبدو أن المجلة قد اعتمدت نفس النظرية التعاقدية التي تقرب القرار التحكيمي إلى المصالحة «الأحدب - جـ ١ ص ٨٥، نظام التحكيم د/ سيد أحمد محمود المرجع السابق ص ٦٩ وما بعدها.

ولكن هذا الالزام الذي يتصف به حكم المحكم ينحصر في الخصمين فقط ولا يتعدى إلى غيرهما، ذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما على اختيار الحكم للحكم فيما بينهما من نزاع وخصوصة. ولا ولاية لأى منهما على غيره، فلا يسري أثر حكم على غيرهما^(١).

وبناءً على ذلك فلو حكم الخصمان رجلاً في عيب المبيع فقضى الحكم برده، لم يكن للبائع حق برده على بائمه. إلا أن يرضي البائع الأول والثاني والمشتري بتحكيمه، فعندئذ يرده على البائع الأول.

وكذلك لو أن رجلاً أدعى على آخر ألف درهم، ونزعه في ذلك فادعى أن فلائتاً الغائب قد ضمِّنها له عن هذا الرجل، فحكمها بينهما رجلاً، والكفيل غائب فأقام المدعى بینة على المال، وعلى الكفالة، فحكم الحاكم بالمال، وبالكفالة صحة الحكم، في حق الدائن والمدين ولم يصح بالكفالة، ولا على الكفيل^(٢).

وإن حضر الكفيل والمكفول غائب فتراضى الطالب والكفيل، فحكم المحكم بذلك كان الحكم جائزًا ونافذًا بحق الكفيل دون المكفول^(٣).

ولم يشذ عن هذا المبدأ غير مسألة واحدة نصَّ عليها الحنفية هي: «ما لو حَكِمَ أحد الشركين وغَرِيمُه رجلاً فحكم بينهما، وألزم الشريك شيئاً من المال المشترك نفذ هذا الحكم، وتعدى إلى الشريك الغائب، لأن حُكْمَه بمترلة الصلح في حق الشريك

(١) الموسوعة الفقهية ص ٤٥، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣١، الكافي لابن قدامة ج ٣ ص ٤٦٣، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٣، والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٦.

(٢) نظام التحكيم - للدكتور سيد أحمد محمود المرجع السابق ص ٧٠.

(٣) حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٤٣١، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٧، فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٩، من هامش نظام التحكيم د/ سيد محمود المرجع السابق ص ٧٠.

الغائب، والصلح من صنيع التجار. فكان كل واحد من الشركين راضياً بالصلح وفي معناه...»^(١).

«وبعبارة أخرى فإن العُرُوفَ بين التجار قد جعل التحكيم من أحد الشركاء كأنه تحكيم من سائر الشركاء. وهذا لَزِمُ الحكم وَنَفَذَ في حقهم جميعاً»^(٢). ولا يشترط رضا المختصمين بالحكم بعد صدوره^(٣).

وذكر الشافعي أن حُكْمَ الْمُحْكَم لا يكون ملزماً للمتحاكمين إلا برضاهما، واختار هذا القول وصَوْبَيْه المازني - رحمه الله - وعَلَّ ذلك بأن حكم المُحْكَم ضعيف^(٤). وأما إذا حكم الخصمان رجلاً مؤهلاً ورجع أحدهما أو كلاهما بعد اختياره وقبل الشروع في الحكم فلا يلزمان بالاحتكام إليه، وإذا أصدر حكماً بعد ذلك فإنها لا يلزمان أيضاً بتنفيذ حكمه لأنه مقلد من جهتها وهم الموليان له. فلهما كذلك عزله قبل أن يصدر الحكم^(٥).

وإذا شرع المحكم واستمع إلى بينة أحدهما ثم بدأ الآخر قبل أن يحكم المحكم أن يرجع عن تحكيمه للمحكم فليس له ذلك. وللمحكم أن يحكم بينهما وحكمه ملزم لهما. لأنه إذا أجزنا لأحدهما الرجوع بعد الشروع في الحكم فإنه يؤدى ذلك إلى أن كل واحد منها إذا رأى أن الحكم ليس موافقاً له رجع عنه، وهذا بدوره يؤدى إلى إبطال المدف من التحكيم. قال بهذا القول جمهور الفقهاء واستبعد الإمام الشافعي - رحمه الله -^(٦).

(١) الدر المختار ج ٥ ص ٤٢٩، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٧، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٥.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٥، نظام التحكيم للدكتور سيد محمود المرجع السابق ص ٧٠.

(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٥٠، أنوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك ص ٢٦٩، أدب القضاء ص ١٣٩.

(٤) حاشية الثرواني وابن القاسم ج ١٠ ص ١١٩، أدب القضاء ص ١٣٩.

(٥) تبصرة الحكماء ج ٢ ص ٥٦، أدب القضاء ص ١٣٩، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٠.

(٦) المغني ج ١٠ ص ٩٥، أدب القضاء ص ١٣٩، تبصرة الحكماء ج ١ ص ٥٦.

⇨ شروط لزوم حكم المحكم للطرفين ونفاذه:

- ١- أن يكون الحكم مقصوراً على المحاكمين .. فلا يتعدى حكم المحكم إلى شخص ثالث يترتب عليه نتيجة التحكيم التزام من الالتزامات أو ضرر من الأضرار المادية أو المعنوية، فلو تهاكم رجالان في قتل فحكم المحكم بأن القتل خطأ وبالدية على العاقلة فلا يلزم العاقلة حكم المحكم لأن المحكم لا ولادة له على العاقلة إذا لم يحكمه^(١). ولو حكماه في عيب بيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يرضي البائع الأول والثاني المشتري عن تحكيمه^(٢).
- ٢- ألا يحكم المحكم لأصوله أو فروعه ولا لشريكه فيما يختص بهما الشركة ولا زوجته، ولا يحكم على من كانت بينه وبين المحكم عداوة دنيوية، لأن الحكم لهؤلاء أو على من كانت بينه وبينهم عداوة مظنة التهمة، ويورث الشبهة، والمحكم ينبغي أن يكون بعيداً عن مواطن التهم والرّيّب، أما إذا كانت بين المحكم وبين أحد المתחاصمين عداوة دينية فحكمه جائز ونافذ، وملزم للطرفين لأن دينه يمنعه من الظلم.
- ٣- أن لا يحكم المحكم في الحدود والقصاص: وهذه مسألة اختلف فيها الفقهاء وتناولناها بوضوح سلفاً.
- ٤- عدم وجود قاضٍ في البلد: وهذا الشرط انفرد به الشافعية .. فقالوا بجواز التحكيم عند عدم وجود قاضٍ في البلد، فإذا وجد القاضي فلا يجوز التحكيم وحيث لا يكون الحكم الصادر عن المحكم ملزماً لها مخالفين بذلك جمهور الفقهاء^(٣).

(١) القضاء في الإسلام / محمد عبد القادر أبو فارس ص ١٨٠.

(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٦.

(٣) حاشية قليبي وعميرة ج ٤ ص ٢٩٨، كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٣٨ - ١٣٩، روضة الطالبين ج ١١ ص ١٢١، أدب القاضي ج ٢ ص ٣٧٩.

أما عن جواز الرجوع عن التحكيم وفقاً للمذاهب الأربعية، وطبيعة الحكم الصادر من المحاكم، أي مدى لزوم الحكم للمختصمين ومدى نقض الحكم بواسطة القضاء «قد يرتفع الخصمان بالحكم، فيعملان على تنفيذه، وقد يرى أحدهما رفعه إلى القضاء لصلحة يراها».

- وتناول المذاهب الأربعية تباعاً:

[١] الشافعية:

للشافعية في هذا المجال قولان أصحهما: «الحكم ملزم مثل حكم القاضي» أي لرفع حكمه إلى حاكم أجرأه على وفق الشرع، والقول الثاني: «أن الحكم لا يلزم إلا بشرط تراضي الخصمين بعد الحكم، لأن الحكم هنا يحتاج إلى عنصر الرضا منها، ولأن إصدار الحكم كان متوقفاً على رضائهما ابتداءً، فوجب وقف تنفيذ الحكم أيضاً على رضائهما في الانتهاء. ولكل واحد منهم الرجوع بعد التحكيم، وقبل صدور الحكم»^(١).

[٢] الأحناف:

ويرى الأحناف لزومية الحكم للمختصمين وعدم نقضه، ويجوز لأحدهما الرجوع عن التحكيم بعد وقوعه وقبل صدور الحكم مثل أحد المتعاقدين في مضاربة وشركة ووكلة بدون التماس طالب^(٢). وإذا رفع حكم المحكوم إلى القاضي نظر فيه فإذا وجده موافقاً مذهبه أخذ به وأمضاه - لتفادي نقضه من قاضٍ آخر يرى خلافه - وإذا وجده خلاف مذهبه أبطله وأوجب عدم العمل بمقتضاه، وإن كان مما يختلف فيه الفقهاء وهذا الأبطال ليس على سبيل اللزوم، بل هو على سبيل الجواز، إن شاء القاضي أبطله،

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم، ص ١٧٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٢٩.

وإن شاء أمضاه وأنفذه^(١).

ويجب أن تكون هذه الإجازة من القاضي بعد حكم المُحْكَم، وعليه فلو حكم رجلاً فأجاز القاضي حكمته قبل أن يحكم، ثم حكم بخلاف رأى القاضي لم يجز، لأن القاضي أجاز المدعوم، وإجازة الشيء قبل وجوده باطلة، فصار كأنه لم يجز.

ولكن السر خسي قال: «هذا الجواب صحيح فيما إذا لم يكن القاضي مأذوناً في استخلاف غيره. وأما إذا كان مأذوناً في الاستخلاف فيجب أن تجوز إجازته، وتجعل إجازة القاضي بمتنزلة استخلافه إياه في الحكم بينهما، فلا يكون له أن يُبطل حكمه بعد ذلك».

وإن حكماً رجلاً، فحكم بينهما، ثم حكماً آخر، فقضى بحكم آخر ثم رفع الحكمان إلى القاضي، فإنه ينفذ حكم المُوافق لرأيه^(٢).

وقال السر خسي^(٣) أيضاً: «إذا حكم الحكم بين رجلين ثم تخاصموا إلى حكم آخر فحكم بينهما سوئي ذلك ولم يعلم بالأول ثم ارتفعا إلى القاضي فإنه ينفذ الحكم الذي يوافق رأى القاضي. وأن حكم كل واحد منها غير مُلزم شيئاً. وإذا حكماً رجلان حكماً في خصومة بينهما ما دام في مجلسه ذلك فتجاهدا وقالاً لم تحكم بيننا، وقال الحاكم حكمت فإنه يصدق ما دام في مجلس الحكومة، ولا يصدق بعد القيام منه حتى يشهد على ذلك غيره، لأنه مادام في مجلسه فهو يملك إنشاء الحكم بينهما فلا تتمكن التهمة إقراره به، فاما بعد القيام فهو لا يملك إنشاء الحكم فتتمكن التهمة في إقراره وهو نظير المولى إذا أقر بالف والمطلق إذا أقر بالرجعة في الفرق بينهما إذا أقر قبل مُضي المدة وبينهما

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣١، الموسوعة الفقهية ج ٤ ص ٢٤٦، البحر الرائق ج ٤ ص ٢٧.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٦.

(٣) المبسوط ج ١١ ص ٦٣ - ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع.

بعده، وإن حكمه ولا يشهد على تحكيمها إياه لم يقبل قول الحكم فيه عليهما لأنه يدعى نفسه عليهما ولایة تنفيذ القول، وهو غير مصدق فيها يدعى عليهما إذا كان يجحدانه، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمأب».

[٣] المالكية:

ويرى المالكية عدم نقض الحكم الصادر من **المحكم** لأنه مثل حكم القاضي متى كان مبنياً على صواب^(١)، وبالتالي فالقاضي لا ينقض حكم **المحكم** طالما لم يخالف الكتاب والسنّة أو الإجماع^(٢). إلا إذا كان جوازاً بيتاً، سواء كان موافقاً للقاضي، أم خالقاً له و قالوا بأن هذا لم يختلف فيه أهل العلم، وبه قال ابن أبي ليلى^(٣).

[٤] الحنابلة:

لا ينقض مثل حكم الوالي أو نائبه القاضي، ومع ذلك يجوز لكل من المتخاصلين الرجوع عن التحكيم طالما كان قبل الشروع في الحكم، مثل رجوع الموكل عن التوكيل قبل التصرف فيها وُكّل فيه، أما إذا شرع في الحكم قبل تمامه فلا يصح لأحدهما الرجوع قياساً على رجوع الموكل بعد صدور ما وُكّل فيه وَكَيْلَه من تصرفات^(٤).
- وبناءً على ما سبق ذكر الحنفية ما يأتي:

١- إذا رُفع حُكم الحُكْم في المجهودات إلى قاضٍ يرى خلاف ما حُكِم، ففُنِدَه مع

(١) الشرح الكبير لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحد الدردير ١٣٠٤ هـ ج٤ ص٣٦.

(٢) هذاما يراه المالكية والحنفية حاشية الدسوقي ج٤ ص١٣٦، فتح القدير ج٧ ص٣١٧، مغني المحتاج ج٩ ص١٠٨، مشار إليهم في عبد الفتاح أبو العينين، المرجع السابق، ص١١٧، هوامش ٤، ٣، ٢.

(٣) تبصرة الحكام ج١ ص٤، البحر الرائق ج٧ ص٢٧، حاشية ابن عابدين ج٥ ص٤٣١، الموسوعة الفقهية ص٢٤٦.

(٤) كشاف القناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوي، توفي سنة ١٠٥١ هـ مراجعه وتعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، الناشر مكتبة النصر الحديثة ج٦ ص٣٠٣.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

ذلك، ثم رفع إلى قاضٍ آخر يرى رد حكم الحكم أيضاً، فالقاضي الثاني لا يرده، لأن إجازة القاضي حكم الحكم بمنزلة إنشاء القضاء منه. والقاضي إذا قضى في المجتهدات بخلاف رأيه ينفذ قضاوئه^(١).

٢- إذا اصطلح الخصمان على حكم يحكم بينهما وأجاز القاضي حكمته قبل أن يحكم بينهما، فهذه الإجازة من القاضي لغافر، حتى لو حكم الحكم بخلاف رأى القاضي، فللقاضي أن يبطله.

٣- وإذا حكم الحكم بين رجلين، ثم تخاصموا إلى حكم آخر، فحكم بينهما بسوى ذلك، ولم يعلم بالأول، ثم ارتفعا إلى القاضي، فإنه ينفذ الحكم الذي يوافق رأي القاضي من ذلك، لأن حكم كل واحد منها غير ملزم شيئاً^(٢).

إجراءات التحكيم في القانون:

أوجب القانون على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات، وذلك لأن التحكيم قضاء بين الخصوم للفصل في نزاعهم.

فعليهم مراعاة القواعد المتبعة في المحاكم من مواعيد وإعلانات واستئناف إلى أقوال الخصوم وتكتيلفهم بتقديم لوائحهم ومستنداتهم خلال موعد مقرر.

ويتولى المحكمون مجتمعون إجراءات التحقيق، ويوقع كل منهم على المحاضر. ويرجع المحكمون إلى المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع لإصدار قرارها في الإنابة القضائية التي قد يقتضيها الفصل في النزاع، أو إذا اقتضى الأمر اتخاذ إجراء مترتب على تخلف الشهود أو الامتناع عن الإجابة.

ويصدرون قراراً لهم بالاتفاق أو بالأكثريّة، ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة.

(١) الفتوى الهندية ج-٣ ص ٤٠١ عن المحيط بلا تعليل، المحيط البرهاني.

(٢) المبسوط ج-٢ ص ٦٣، والمسألة في الفتوى الهندية ج-٣ ص ٣٩٩، عن محيط السرخسي.

- ويجب أن يشتمل القرار على:

- ١- ملخص وقائع اتفاق التحكيم من حيث شروطه وموضوع النزاع والمكان الذي جرى فيه التحكيم وتاريخه وأقوال الخصوم.
- ٢- وأسباب القرار بعرض أدلة الطرفين ومستنداتهم ومناقشتها تفصيلاً، والسنن القانوني الذي اعتمدوه.
- ٣- ومنطق القرار وهو الجزء الذي يفصل في موضوع النزاع سلباً أو إيجاباً.

ويعد صدور قرار المحكمين يجب عليهم إعطاء صورة منه لكل من الطرفين وتسليم القرار مع أصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع بوصول يوقع عليه كاتب المحكمة.

هذه الإجراءات المذكورة، ومثلها ما ورد في القانون من تقرير أجور المحكمين^(١) ليس فيها ما يخالف الأصول العامة في الشريعة الإسلامية، بل هي أمور أريد بها ضبط الأحكام، وتقرير التحكيم من العمل القضائي بضوابط معلومة.

* كتاب المحكم إلى القاضي:

إذا كتب المحكم كتاباً إلى القاضي بما حكم به، فهل يلزم القاضي قبوله وتنفيذه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

ـ القول الأول:

يلزم القاضي قبول كتاب المحكم وتنفيذته، وإلى هذا ذهب الحنابلة^(٢) والشافعية^(٣).

(١) المادة ٢٧٦ من قانون المرافعات العراقي، و ١٩ من قانون التحكيم الأردني، و ١٥٢ من قانون الإجراءات السوداني - والعقود المسمى جـ ١ ص ٥٥٢ بند ٢٩٥ شرح القانون المدني، مرسى. وشرح المرافعات المدنية للشراقي ص ٦٣٤ بند ٤٦٦ . وعقد التحكيم د/ الدورى المرجع السابق، ص ٦٤٠.

(٢) الإنصاف ج ١١ ص ١٩٨ ، وغاية المتنهي ومتطلبات أول النهي ج ٦ ص ٤٧٢ ، والمعنى ج ١١ ص ٤٨٤ . وبهامشه الشرح الكبير ص ٣٩٣ والإقناع وكشف النقاع عليه ج ٦ ص ٣٠٩ .

(٣) الأنوار ج ٢ ص ٦١٥ .

لأن المحَكَم حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام.

» القول الثاني:

لا يجوز كتاب المحكم بحُكْم إلى القاضي، لأنَّه في حقه بمترلة واحد من الرعایا، والقاضي لا يقضي بكتاب واحد من الرعایا^(١)، وكذلك لا ينبغي للحَكَم أن يقضي بكتاب كتبه قاضٍ إلى قاضٍ آخر^(٢). لأنَّه لم يكتب إليه، إلا إذا راضى الخصمان أن ينفذ الحكم القضاء بينهما، فيجوز ابتداء، لأنَّهما رضيا بحكمه^(٣).

- تولية الإمام محكماً:

لو أمر الإمام رجلاً أن يحكم بين اثنين، فهذا الحكم يكون بمترلة القاضي المولى^(٤). فإذا رفع حكمه إلى قاضٍ لا يراه أَمْضَاه فلا يمكنه نقضه لأن حكمه عندئذ كحكم القاضي المولى^(٥).

- تولية القاضي حكماً:

ولو أمر القاضي رجلاً أن يحكم بين اثنين ففيه قولان:

» القول الأول:

إذا كان القاضي مأذوناً بالاستخلاف جاز. فإن لم يكن القاضي مأذوناً بالاستخلاف لا يجوز أمره، إلا أن يحيزه القاضي بعد الحكم، أو يتراضي به الرجالان بعد الحكم وهو قول الخفية^(٦).

(١) الفتاوى الهندية ج-٣ ص ٤٠٠ عن المحيط، وفتح القدير ج-٥ ص ٥٠٢، والبحر الرائق ج-٧ ص ٢٧، ورد المختار ج-٥ ص ٤٣١، والطحطاوي على الدر ج-٣ ص ٢٠٣، وكلامًا عن البحر.

(٢) الفتاوى الهندية ج-٣ ص ٤٠٠ عن محيط السرخسي، المحيط البرهاني.

(٣) الفتاوى الهندية السابقة، ورد المختار والطحطاوي السابقان.

(٤) فتح القدير ج-٥ ص ٥٠٢، البحر الرائق ج-٧ ص ٢٥ عن المحيط والصدر الشهيد، والبحر الرائق ج-٧ ص ٢٥.

(٥) البحر الرائق ج-٥ ص ٥٠٢ عن المحيط والصدر الشهيد، فتح القدير ج-٥ ص ٥٠٢.

وبه أخذت المادة ١٨٤٧ من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه: «لكل من الطرفين عزل المحكَم قبل الحُكْم، ولكن إذا أجازه الحاكم المنصوب من قبل السلطان المأذون بتنصيب النائب تعد تحكيم الطرفين إيه، فيكون بمثابة نائب هذا الحاكم، لأنَّه استخلفه».

» القول الثاني:

الحُكْم إذا كان مولَّاً من قبل القاضي فكأنَّ الحُكْم وقع من القاضي وهو قول المالكية^(١). إذ إنَّ المحكَم عند المالكية يُنْفَد حكمه ولا يجوز للقاضي نقضه.

◆ وفي ختام هذا الفصل..

نجد أن التحكيم في الشريعة الإسلامية يختلف عن القضاء من عدة أمور^(٢):

١- من حيث اللجوء إلى كل منها فإنَّ المحكَم لا يفصل في النزاع إلا بموافقة الطرفين على اختياره لذلك، بعكس القاضي فهو يتصدِّي للنزاع دون رضاء الخصوم بذلك.

٢- المحكَم أقل مرتبة من القاضي، لأنَّه لا يحكم في كل ما يحكم فيه القاضي، ولأنَّ ولاية القاضي عامة على الناس، وأما المحكَم فإنَّ ولايته قاصرة على الخصومين فقط^(٣).

٣- ومن حيث الاختصاص: فالقاضي -نائبٌ من الوالي أو الحاكم- له ولاية عامة في نظر كافة المنازعات دون استثناء، وإذا كان له اختصاص نوعي فهذا يكون بتوجيهه

(١) الدسوقي على الشرح الكبير للدرديرى ح٤ ص ١٣٥.

(٢) د/أحمد رسلان - القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، ط٢، ١٩٩٧، دار النهضة العربية، ص ٢٢٥، نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، المرجع السابق ص ٧٩.

(٣) فتح القدير ج٢ ص ٣١٥، عبد الفتاح أبو العينين، المرجع السابق، ص ١١٤ هامش ١.

من الإمام صاحب الولاية العامة والذى ينوب عنه القاضى في القضاء، أما المحكّم وفقاً لرأى غالبية الفقه الإسلامي فإن ولايته تنحصر عن الحدود والقود والدية عند الحنفية ، والقصاص واللعان والقذف وفسخ النكاح عند الحنابلة والشافعية (كما ذكرنا سلفاً)، وبالتالي فإن اختصاصه يكون محدوداً ومقيداً بعكس القاضى^(١).

والمُحَكَّم يحكم في الجرح والمال دون غيرهما، بعكس القاضى يحكم في كل شىء وهذا للملكية، وهكذا باتفاق العلماء يجوز التحكيم في الحقوق المالية وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء^(٢).

٤ - وإذا اختار الخصمان حكماً مسلماً عالماً ثم ارتدَّ المحكّم بعدَ اختياره للتحكيم وقبل صدور الحكم منه ثم عاد للإسلام وحكم لا ينفذ حكمه، بل لابد من تحكيم جديد لأن الأول بطل بالردة ولا كذلك القضاء وهذا الفرق عند الحنفية. أما الملكية ومن معهم من شرط عدالة القاضي فقالوا أسقطت عدالته بالردة فيحتاج إلى تولية جديدة.

٥ - إذا اختير عبد للتحكيم فحكم -نفذ حكمه - وليس للقاضي نقضه، وهذا بخلاف القاضي وهذا الفرق للحنفية أيضاً، أما الملكية والشافعية ومن معهم فقالوا لا يلي القضاء عبد.

٦ - أن للمحتممين عزل المحكّم بعد اختياره وقبل صدور الحكم ولا كذلك القاضي، وأيضاً لكل منهما عزله عند من ذهب إلى شرط دوام الرضا.

(١) التحكيم قاصر على من رضي به فقط وهو خاص بالمسائل المدنية، على خلاف القضاء الذى يتعدى إلى الغير دون رضاه، كما أنه شامل لكافة القضايا المدنية والجنائية على السواء. محمد سالم مذكر، ص ١٣٣، القضاء في الإسلام، القاهرة ١٩٦٤ دار النهضة العربية. وسمير عاليه، القضاء والعرف في الإسلام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص ٣٨.

(٢) محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص ٥٧.

- ٧- **المحكم** لا يجوز له تفويض التحكيم إلى غيره بخلاف القاضي فإن له ذلك.
- ٨- يجوز للمحكم أن يحكم لنفسه أو عليها، ولا كذلك للقاضي وهذا للشافعية وابن فرحون وابن عرفة من المالكية^(١).
- ٩- ومن حيث الحكم فإن حكم القاضي ملزِم ولا يجوز استئنافه أو نقضه إلا إذا كانت هناك مخالفة في تأسيسه، أما حُكم المحكم فإن لزومه محل خلاف بين الفقهاء المسلمين بين مؤيد ومعارض ومنهم بعض الشافعية كالزمي الذي اشترط تراضي الطرفين على الحكم بعد صدوره كالتراضي الصادر منهم قبل صدوره^(٢).
- ١٠- إذا كتب المحكم إلى قاضٍ آخر يخبره فيه بأنه حكم بهذا بين فلان وفلان فإن كتابه باطل لا يترتب عليه أثر، وكما أنه لا يجوز له أن يكتب إلى القاضي، لا يجوز للقاضي أن يكتب إليه، لأن اختياره للتحكيم إنما هو اختيار من قبل الخصميين ولذلك لم يصح كتابه للقاضي، ولا عكسه بخلاف القاضي.
- ١١- **المحكم** لا يجوز له أن يحكم بكتاب قاضٍ رضى الخصمان به أو لم يرضيا، لأن الذي يحكم بكتاب القاضي هو القاضي.
- ١٢- أن للقاضي الحبس واستيفاء ما حكم به ولا كذلك للمحكم^(٣).

مِنْهُمْ مَنْ يَعْلَمُ

(١) أنظر محمد شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام، دراسة موضوعية مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون - الأزهر - عام ١٣٩٢هـ - ١٣٩٣هـ، دار الرشيد للنشر والتوزيع ص ٤٧١ - ٤٧٤، والمراجع التي أشار إليها في هذا الصدد: أحمد مليجي، النظام القضائي الإسلامي، الناشر مكتبة وبه بالقاهرة ١٩٧٤م، ص ٦٦، لنفس المؤلف قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٦٦ هامش ١.

(٢) أنظر ما سبق ص ٧٢ وما يليها.

(٣) شوكت عليان المرجع السابق ص ٤٧١ - ٤٧٤، نظام التحكيم د/ سيد أحمد محمود المرجع السابق ص ٨٠ - ٨١.



الفصل الخامس

» الفرق بين التحكيم وبين غيره من وسائل فض النزاع

للكتابة في هذا الموضوع يجب أن نتناول تلك الموضوعات والأنظمة التي قد تتشابه مع موضوع التحكيم ... وهي على النحو التالي:

- * التحكيم والوکالة.
- * التحكيم والصلح.
- * التحكيم والخبرة.
- * التحكيم والقضاء.

ثم نتناول الفرق بين الشاهد والخبر.

ثم نعرض للكلام عن أمين سر التحكيم.

هذه الموضوعات من الأهمية بمكان، حيث تستلزم من الكلام عنها بشئ من التفصيل والإيضاح، لذا ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث على النحو الآتي:

- » المبحث الأول: الفرق بين التحكيم والقضاء.
- » المبحث الثاني: الفرق بين التحكيم والوکالة.
- » المبحث الثالث: التحكيم والصلح.
- » المبحث الرابع: الفرق بين المحکم والخبر.
- » المبحث الخامس: أمين سر التحكيم «الكاتب».

المبحث الأول

الفرق بين التحكيم والقضاء

التحكيم هو فصل في خصومات الناس .. ويشترط في المحكم غالباً وبشكل عام ما يشترط في القاضي من الإسلام والعقل والبلوغ والحرية والذكورة والعلم وسلامة الحواس والأعضاء كالسمع والبصر والنطق، إلا أن هناك فروقاً بين القضاء والتحكيم^(١) من أهمها:

- الجهة المولية لكل من القاضي والمحكم، فالقاضي مولى من قبل الإمام أو نائبه كوزير التفويض، أما المحكم فمولى من جهة المتخصصين الذين احتمموا إليه.
- ومن حيث الاختصاص، فالقاضي نائبٌ من الوالي أو الحاكم، لأن له ولادة عامة، وولادة الإمامة عامة، والقاضي نائب عن الوالي أو الحاكم أو الإمام، فولايته عامة وتأثيرتها أوسع من دائرة التحكيم.

أما المحكم حسب رأي غالبية الفقه الإسلامي فإن ولايته تنحصر عن الحدود والقود والدية عند الحنفية، والقصاص واللعان والقذف وفسخ النكاح عند المذاهب الشافعية.

ومن هنا فولادة التحكيم قاصرة على المحاكمين فقط لا تتعدي إلى سواهم، وهي ولادة خاصة لأنها صادرة من تولية رجلين أو أكثر وهؤلاء ولايتهم خاصة، وذهب كثيرون من الفقهاء إلى أنه يقضى في الأموال وما يقول إلى مال دون الحدود والقصاص^(٢).

(١) التقضاء في الإسلام، د/ محمد عبد القادر أبو فارس ص ١٨٣ - ١٨٤.

(٢) فتح القيدير ج ٥ ص ٤٩٨، المبسوط للسرخس ج ١٦ ص ١١١، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ح ٤ ص ١٩٣، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق ص ٧٩، وعزبة قطورة، المرجع السابق ص ٩٤، د/ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق ص ٥٧.

وكذلك يحكم في الجرح وعقود المعاوضات وما يصح في العفو والإبراء.

٣- القاضي أعلى مرتبة من المحكم، ومن ثم فالمحكم أقل مرتبة من القاضي لأنه لا يحكم في كل ما يحكم فيه القاضي ولأن ولاية القاضي عامة على الناس، أما المحكم فولايته قاصرة على الخصمين فقط^(١). كما أن القاضي يملك فسخ حكم المحكم في الاجتهادات وغيرها إذا خالف حكم المحكم رأى القاضي عند بعض الفقهاء، أما المحكم فليس له هذا.

٤- إذا اختار الخصمان حكماً مسلماً عالماً ثم ارتد المحكم بعد اختياره للتحكيم وقبل صدور الحكم منه ثم عاد للإسلام وحكم لا ينفذ حكمه، بل لا بد من تحكيم جديد؛ لأن الأول بطل بالردة ولا كذلك القضاء وهذا الفرق عند الحنفية، أما المالكية ومن معهم فقالوا لو سقطت عدالته بالردة فيحتاج إلى تولية جديدة.

كما لا يشترط في القضاء موافقة المتخاصلين على القاضي الذي يفصل بينهما في الخصومة ابتداءً وانتهاءً، بل له أن يُكْرِه ويُخْبِر المدعى عليه على الحكم ويلزمه به بخلاف التحكيم، فيشترط فيه موافقة المتخاصلين على المحكم ولا ينعقد حكمه إلا إذا وَلَيَاه ورضيَا به.

والقاعدة أن حكم المحكم لا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به، فلا ينفذ في مواجهة العاقلة عند الحنفية رضيَتْ أم لم ترَضَ^(٢)، وعند بعض الشافعية لا ينفذ في مواجهتها إلا

(١) القضاء في الإسلام، د/ محمد عبد القادر أبو فارس ص ١٨٤، فتح القدير ج ٧ ص ٣١٥، د/ عبد الفتاح أبو العينين، المرجع السابق ص ١١٤، هامش ١، نظام التحكيم للدكتور سيد أحمد محمود، المرجع السابق ص ٧٩، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة قطورة، المرجع السابق ص ٩٤.

(٢) تبيان الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٩٣، فتح القدير ج ٦ ص ٤٠٩، الأسطل، المرجع السابق ص ١٥٢، عزة قطورة، المرجع السابق ص ٩٤، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٨٠.

إذا رضيت بالتحكيم^(١).

ولا يتعذر حكمه إلى الغائب، ولو كان ما يُدَعَى عليه سبباً لما يُدَعَى على الحاضر، كالتحكيم بين الكفيل والدائن في غياب الأصيل، فحكم المحكم لا يُنفَذُ في مواجهته لعدم الرضا، إلا في مسألة الشريك^(٢).

٥- المحكم لا يجوز له تفويض التحكيم إلى غيره بخلاف القاضي فإن له ذلك. كما أن التحكيم لا يتقييد ببلد، فللمحكم أن يحكم في للبلاد كلها^(٣) ما لم يقيده السلطان.

٦- إن للمختارين عزل المحكم بعد اختياره وقبل صدور الحكم، ولا كذلك القاضي. وأيضاً الكل منها عزله عند من ذهب إلى شرط دوام الرضا. والذى يملك عزل القاضى هو الإمام أو نائبه، ولا يملك الخصوم أن يعزلوه بخلاف المحكم فإن الذي يعزله هو الذي ولأه من الخصوم مجتمعين، أو منفردين^(٤). كما أن المحكم عند الخفية إذا ارتد انعزل، فإذا أسلم بعد ذلك لم يكن له أن يقضى إلا بتحكيم جديد بخلاف القضاة^(٥).

٧- أما عن صفات وشروط كل منها: فيشدد الفقهاء في الشروط التي ينبغي توافرها في القاضى أكثر من تشددهم في الشروط التي ينبغي توافرها في المحكم. وأن الشروط والمواصفات متقاربة بشكل عام، إلا أن طلبها بحق القاضى أشد وألزام.

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ج ١ ص ٤٣٢، الأسطل، المرجع السابق ص ١٥٢.

(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٢، حاشية الطحاوى ج ٢ ص ٢٠٣، البحر الرايق ج ٧ ص ٢٧، الأسطل، المرجع السابق ص ١٥٢.

(٣) البحر الرايق ج ٧ ص ٢٨، شرح الأشباء ج ٢ ص ٢٦٦.

(٤) البحر الرايق ج ٧ ص ٢٦.

(٥) البحر الرايق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٧.

فعلى سبيل المثال يشترط جمهور الفقهاء أن يبلغ القاضي مرتبة الاجتهاد، ولا يشترطون ذلك في المحكم، بل يتراهلون فيه وفي غيره من دون القضاة وكذلك الكتابة فتشترط في القاضي، أما في المحكم فيتساهم البعض في أمرها بالنسبة للمحكم، وعلتهم في ذلك .. أن رسول الله [صلوات الله عليه وآله وسليمه] كان أمياً وهو سيد الحكماء، والقضاة والخلق أجمعين وليس من ضرورة الحكم الكتابة، فلا تعتبر شرطاً فما احتاج إلى ذلك جاز توليته من يعرفها، كما أنه قد يحتاج إلى القسمة بين الناس وليس من شرطه معرفة الحساب، ويحتاج إلى التقويم وليس من شروط القضاة أن يكون عالماً بقيمة الأشياء^(١).

٨- يجوز للمحكم أن يحكم لنفسه أو عليها، ولا كذلك القاضي، وهذا للشافعية وابن فردون وابن عرفة من المالكية^(٢).

٩- ومن حيث الحكم فإن حكم القاضي ملزم ولا يجوز استئنافه أو نقضه، إلا إذا كانت هناك مخالفة في تأسيسه، أما حكم المحكم فإن لزومه محل خلاف بين الفقهاء المسلمين بين مؤيد ومعارض، وهم بعض الشافعية كالمزني الذي اشترط تراضي الطرفين على الحكم بعد صدوره كالتراضي الصادر منهم قبل صدوره.

وعند الشافعية - على ما رجحه الزركشي - يصح حكم المحكم نحو قوله وعلى عدوه، لزوال التهمة بالرضا بخلاف القضاة، فلا ينفذ حكم القاضي لولده ولو والده وعلى عدوه للتهمة^(٣).



(١) الشرح الكبير لابن دقائق ج٦ ص١٦٣، عزة قطرة، المراجع السابق ص٩٤.

(٢) أنظر شوكت محمد عليان السلطة القضائية في الإسلام، المراجع السابق، والمراجع التي أشار إليها في هذا الصدد، أحمد مليجي، النظام القضائي الإسلامي، الناشر مكتبة وهبة بالقاهرة ١٩٧٤ ص٦٦، لنفس المؤلف قراعد التحكيم في القانون الكويتي مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص٦٦ هامش ١.

(٣) الفتاوي الكبرى لابن حجر ج٤ ص٢٩٠، الأسطل، المراجع السابق ص١٥٣.

المبحث الثاني

الفرق بين التحكيم والوكالة

الوكالة: هي «إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يملكه»^(١) وقابل للنيابة^(٢).

وتتفق الوكالة مع التحكيم في أن كلاً منها يعتبر نوعاً من الولاية، وأن الرضا هو التثبت لهذه الولاية ومداها، فلا يملك الوكيل مباشرة العمل الموكول به إلا بإذن الموكّل ورضاه، وفي حدود ما وضع له من قيود، والمحكم لا تتعقد له ولاية نظر النزاع إلا برضى المحكمين إليه، وفي النطاق والحدود الذي رسم له سواءً من حيث الموضوع أو الزمان أو المكان.

والوكالة شأن التحكيم من العقود الرضائية، وغير الالزمة لكلاً طرفه - الموكّل أو الوكيل - فيملك أحدهما إنتهاء الوكالة قبل تمام الفعل الموكّل به بإرادته المنفردة، كيما يملك المحكم إنتهاء التحكيم بإرادته المنفردة قبل صدور الحكم.

ولأنما يفترقان في أن الوكيل لا يتصرف إلا بما هو في مصلحة الموكّل، فالوکيل بالبيع بشمن معين لا يملك البيع بشمن أقل، وإن كان له أن يبيع بأكثر من الثمن المحدد في عقد الوكالة، لما في ذلك من مصلحة للموكّل، والوکيل بالشراء بشمن معين لا يملك الشراء بشمن أكثر، وإن كان له الشراء بشمن أقل، لما فيه من الخيرة والمصلحة للموكّل.

* فالوکيل يتصرف بإرادته موكله الصريحة أو الضمنية، حتى نهاية الوكالة، ولا

(١) مختصر كتاب المعاملات، أحمد أبو الفتح ص ١٦٢، مختصر أحكام العائلات للشيخ على الحفيف ص ١١٥، د/الأسطل، المرجع السابق ص ٢١.

(٢) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي د/ محمد يوسف موسى، ص ٢٦١ - الطبعة الأولى ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، د/الأسطل، المرجع السابق ص ٢١.

يملك مخالفتها، وإنما كان تصرفه باطلًا ومحققًا على إجازة الموكّل على رأي^(١).* أما المحكّم، بعد أن تتعقد له سلطة نظر النزاع برضاء المحكمين إليه، يباشر عمله باستقلال عن إرادتهما، له أن يوجه حكمه إلى أيٍّ منهما، حسب ما يقتضيه الدليل عنده، وإن كان ذلك مخالفًا لإرادة أحد المحكمين أو أحد هما، ويكون حكمه لازمًا لهما ما لم يكن جورًا، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فهناك فرق، ألا وهو أن الوكالة يشترط لصحتها أن يملك الموكّل فعل ما وُكّل به بنفسه^(٢)، فالصبي الذي لا يملك البيع أو الشراء، لا يمكنه توكيل غيره بالبيع أو الشراء، إذ إن فاقد الشئ لا يعطيه، ولكننا نجد أن المحكمين أطراف الخصومة لا يملكون إنتهاء النزاع بينهما، وهو الفعل الموكول به إلى المحكم وإن كان لهم ذلك بطريق آخر، كالصلح أو ترك الخصومة.

* وهناك وكيل شرعي كالمحامي مثلاً الذي يعمل باسم الأصيل (الموكّل) ولحسابه أيضًا كما أنه يتقييد في أداء عمله بمتطلبات الأصيل وحدود الوكالة^(٣)، فإن خالفها الوكيل أو تجاوزها كان مستولًا وحده عن ذلك، إذ إن الموكّل لا يلتزم بحسب الأصيل بالأعمال التي يقوم بها الوكيل خارج حدود وكالته.

* ولا يجوز أن يكون محكمًا من حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد ردَّ إليه اعتباره، أما إن حجر على الوكيل لفلس، فالوكالة بحالتها لأنَّه لم يخرج عن أهلية التصرف وإن

(١) يراجع في حكم تجاوز الموكّل حدود وكالته، نظرية العقد الموقوف، ص ٢٥٦ وما بعدها، عبد الرزاق حسن فرج، رسالة دكتوراه ١٣٨٨ هـ-١٩٦٨ م.

(٢) مختصر كتاب المعاملات، محمد أبو الفتح ص ١٦٣، الأسطل المرجع السابق ص ٢٢.

(٣) محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم ص ٢٩، وبهامشه (انظر نقض مدنى ١٩٨٨/٢١ في الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق، ونقض ٢٨/١٢/١٩٨٨ في الطعن رقم ٢١٨٠ لسنة ٥٤ ق، نقض ٥٣/٥/١٩٨٨ في الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٥٣ ق، عزة قطورة، المرجع السابق ص ٩٦).

كانت في الخصومة أو في الشراء أو في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لم تبطل لأن الموكل أهل لذلك^(١).

* إن حكم المحكم لازم للخصمين ولم يكن موقوفاً على أحدهما^(٢) لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: [من حكم بين اثنين تراضياً به فلم يعدل بينهما فهو ملعون] ولو لا أن حكمه يلزمها لما لحق هذا الذم^(٣).

أما وكالة الوكيل ودفاعه فهو موقوف على أحد الخصوم وهو موكله فقط.

* كذلك يشترط الإسلام في المحكم كاشتراطه في القاضي، باتفاق الفقهاء لقوله ﷺ: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِكُفَّارِنَ عَلَى الْمُتَّقِيْنَ سَيِّلًا) [النساء: ١٤١].

ذلك لأنه لا ولادة للكافر على المسلم، ولأنه يشترط العدالة في الحاكم، وهي لا تتوافر إلا بالإسلام، وذلك بعكس الوكيل (المحامي) فلا يشترط فيه الإسلام فيصبح توكيلاً للمسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأمناً أو حربياً، لأن العدالة لا تشرط في صحة الوكالة^(٤).

* كذلك تشرط العدالة في المحكم كما تشرط في القاضي. ولذا لا يجوز تزويج فاسق^(٥) لقوله ﷺ: (يَتَأْمِنُهُ الَّذِينَ مَأْمَنُوا إِنْ جَاءَكُفَّارٌ فَاسِقٌ يُتَبَّأْ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا فَوْمًا بِمَهْنَلَقِ فَتُصِيبُهُمَا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ تَرْدِمِينَ) [الحجرات: ٦].

فأمر سبحانه بالتبين عند قول الفاسق ولا يجوز أن يكون الحاكم من لا يقبل قوله

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٠٥.

(٢) الشرح الكبير ج ٦ ص ١٦٥.

(٣) أخرجه النسائي.

(٤) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، د/ محمد مصطفى شلبي ص ٥٣٨.

(٥) الشرح الكبير ج ٦ ص ١٦٢.

ويجب التبُّع عند حكمه، ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً فلا يجوز من باب أولى أن يكون قاضياً أو حاكماً، أما إن كان فسقه بعد توليه فينعزل الحاكم بفسقه.

أما الوكيل الشرعي (المحامي) فما دام أنه لا يشترط فيه الإسلام ويجوز أن يكون الوكيل من لا يدينون بالإسلام، والإسلام يعني العدالة فلا اعتبار هنا للعدالة كشرط من شروط الوكيل. ولو كان الوكيل مسلماً وفَسَقَ حتى ولو بعد و�الته فلا ينعزل، لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة فيما ينافي الفسق كالإيمان في عقد النكاح^(١).

* تُثبتُ للوكيل وكالة نيابة خاصة^(٢)، فإن كانت بأجر أصبحت العلاقة بينه وبين موكله علاقة بين الأجير والمؤجر، وأصبحت الوكالة إجارة في المعنى فيلتزم كل منهما ولا يستُبُدُ أحدهما بفسخه من غير رضا الآخر، إلا إذا وجد سبب موجب للفسخ، وعلى هذا يلزم الوكيل بالمضي في العمل وليس له أن يتخل عنده بدون عذر يبيح ذلك.

* أما المُحْكَم فثبتت له ولایة شرعيَّة مُتَعَدِّيَّة^(٣) نيابية، تُرتب آثار شرعيَّة على تصرُّفاته بمجرد ثبوتها، ورغم أنها تجعله مستقلاً في أداء عمله تماماً عن الخصوم ولا يملكون التدخل في عمله، إلا أن للخصوم عزله قبل أن يصدر الحكم.



(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٠٥، ١٠٦.

(٢) تعريف الفقه الإسلامي د/ مصطفى شلبي ص ٥٢٠.

(٣) د/ مصطفى شلبي، المرجع السابق ص ٥١٨، ٥٢٠.

المبحث الثالث

التحكيم والصلح

الصلح: هو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة.

وهو في اللغة: قطع النزاع.

وشرعًا: عقد يحصل به قطع المنازعه.

- والصلح أنواع: صلح بين المسلمين والكافر، وبين الإمام والبُعْثَة، وبين الزوجين في الشقاق، وصلح في المعاملة.

وهو عقد مشروع مندوبٌ إليه، لأنَّ عقدَ يرتفع به التشاجرُ والتنازعُ بين الخصوم، وهمَا منشأُ الفساد ومثارُ الفتنة، قال ﷺ: **وَلَنْ طَأْتَنَا مِنْ الْمُؤْمِنِينَ أَفْتَلُوا فَأَصْلِحُوْا** بَيْنَهُمَا [الحجرات: ٩].

وقال ﷺ: **وَلَنْ أَتَرَأَهُ خَاقَتْ مِنْ بَعْلِهَا شُوَّذًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا** بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ حَيْثُ [النساء: ١٢٨].

وقال ﷺ: **[الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَمَ حَلَالًا]**. وعلى ذلك إجماع المسلمين^(١).

ما سبق كان مقدمة لزِمَّ أن نقدمها عن الصلح حتى ننتقل إلى التفرقة بين التحكيم والصلح.

(١) المغني لابن قدامة وبهامش الشرح الكبير جه ٥ ص ٢ ومعنى المحتاج ج ٢ ص ١٧٧، والاختيار ج ٢ ص ٦٨، وتبين الحقائق جه ٥ ص ٢٩، وحديث: الصلح جائز... رواه أحمد في مسنده وأبو داود والحاكم في المستدرك عن أبي هريرة، ورواه الترمذى وابن ماجه عن عمرو بن عوف، وهو صحيح، الجامع الصغير ج ٢ ص ٥٠، د/ الدورى، المرجع السابق، ص ٢٣.

فالصلح هو عقدٌ وضع لرفع التّزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما^(١)، ويجمع بين التحكيم والصلح أن كلاً منها يُعتبر عقداً رضائياً، وأنهما يؤديان إلى إنهاء التّزاع، وغالباً ما يؤدي التحكيم شأن الصلح، إلى التصالح بين المتصالحين وعودة المودة والوئام بينهما، مما يؤدي بدوره إلى إشاعة السّلم الاجتماعي واستقرار التعامل بين الأفراد.

إنما يختلف التحكيم عن الصلح، في أن التحكيم عقد الأصل فيه عدم اللّزوم، فلكل من طرفيه فسخه بالرجوع عنه ما لم يصدر المحكّم حكمه، فإذا حكم امتنع على أيٍّ منها الرجوع عنه، وأصبح لازماً لها، أما عقد الصلح، فهو عقد لازم، إذا ما انعقد صحيحاً مستوفياً لشروطه، لا يكون لأيٍّ من طرفيه الرجوع عنه إلا بتراضيهما معًا^(٢).

وعقد الصلح سواءً أبْرَم بواسطة طرف الخصومة المتصالحين أو من ينوب عنهم، فالمصالح يكون على بيته من أمره بشأن الحق الذي سيتنازل عنه أو بعضه إذا كان الصلح بغير مقابل، وما سيعود عليه من الحق إذا كان الصلح مقابل، في حين أن المحكم لا يعلم أياً قضي له أم عليه.

والصلح عادة يتضمن التزول عن بعض الحق، لذا لا يقبل من الولي أو الوصى أو المتولى، صلح عن عائد لصغير أو قاصر أو لوقف، على بدل أقل من قيمة هذه الحقوق؛ لأن النص في قيمة البدل في حكم التبرع، وهو لاء لا يملكون التبرع بشئ من أموال القاصرين والأوقاف^(٣). والتحكيم لا يتضمن نزولاً عن الحق أو بعضه فهو يرمي إلى إيصال الحق إلى مُسْتَحْقِيه وبحكم مُلِّزم.

(١) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدرى باشا، المادة ٦، ١٠.

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية، لنضيلة الشيخ علي الخنيف، ص ٢٤٩.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، بند ٢٨٤.

* التحكيم العادي والتحكيم مع التفويض بالصلح^(١):

في التحكيم العادي يتقييد المحكمون بقواعد القانون الموضوعي، بينما لا يتقييدون به في التحكيم مع التفويض بالصلح. أما بالنسبة لإجراءات المرافعات فإن المحكمين في كلا النوعين لا يتقييدون فيها إلا بما تضمنته المبادئ الأساسية في التقاضي، وأهمها تمكين كلّ خصم من الدفاع عن وجهة نظره وإبداء دفاعه وأوجه دفاعه تمكيناً كاملاً، بالإضافة إلى ما تضمنه التشريعات في تنظيمها للتحكيم.

ويجِب في التحكيم مع التفويض بالصلح أن ينص الاتفاق على ذلك صراحة، إذ الأصل في التحكيم أنه تحكيم عادي، مما يتبع معه أن تفسر عبارات الاتفاق تفسيراً ضيقاً، من ذلك أنه لا يعتبر اتفاقاً على تحكيم مع تفويض بالصلح النص فيه على اعتبار حكم المحكمين غير قابل لأى طعن.



(١) أصول علم القضاء للدكتور عبد الرحمن عياد، المرجع السابق ص ٥٩.

المبحث الرابع

الفرق بين المُحْكَم والخبير

الخِبَرَة هي المعرفة ببواطن الأمور^(١)، والخبير هو العالم الذي له باع في علم من العلوم أو في فن من الفنون، ولا يشترط أن يكون عالماً في جميع العلوم والفنون، فقد يكون في فرع واحد من فروع المعرفة كالطب أو الزراعة أو الصناعة أو التجارة أو الضرائب ...، وهكذا.

وكل ما يقوم به الخبير هو تقديم رأيه بناء على خبرته في موضوع مُعَيَّن طُلِبَ منه إبداء الرأي فيه، ولا يكون لرأيه هذا أى قوَّة إلزامية لـلخصوم أو القاضي، فهو يستجلي جانب الغموض في مسألة معينة، ولا يعدُّ رأيه عن كونه رأياً استشارياً، للمُحْكَم أو القاضي الأخذ به أو تركه.

ففي حين أن حكم المُحْكَم إذا ما صدر صحيحاً، يكون ملزماً للخصوم ولو كان مخالفًا لرغباتهم وآرائهم^(٢).

وليس هناك ما يمنع أن يكون الخبير مُحْكَماً، إذا ترافق إلى المُحْكَم ليفصل في منازعاتهم، شرطية أن تتوافق فيه إلى جانب خبرته أهلية للحكم. وإن كان يجب اشتراط الخبرة في المُحْكَم فالمقصود بها درايتها بالقواعد الشرعية، والأنظمة التجارية، والعرف السائد، وهذا ما اعتُبر ضمناً في الأنظمة الأخرى. وقد يستعين المُحْكَم بطرق الإثبات المختلفة للعلم بوقائع الدعوى.

وتيسيراً للوصول للحقيقة، وتحقيقاً للعدل والإنصاف قد يستعين المُحْكَم بطرق

(١) تعريفات البرجاني ص ٨٧، د/ الأسطل المرجع السابق، ص ٢٣، ٢٤.

(٢) التحكيم التجاري الدولي. د/ محسن شفيق ص ٢٥، التحكيم الاختياري والإجباري د/ أحمد أبوالوفا ص ٢٨، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٢٤.

الإثبات كحججة للحكم من إقرار ويمين وبينة.

إلا أنه قد يستعين بطرق أخرى مشروعة كالاستعانة بالخبراء لتكوين عقيدته، وخاصة إذا ما كانت مسائل فنية ليس لديه بها علم، مثل مُضاهاة الخطوط مثلاً، أو إجراء محاسبة، أو موضوعات تحتاج إلى مهندس أو طبيب مثلاً، وغير ذلك، لذا فيستعين بأهل الخبرة في تلك الحالات بانتداب خبير لإبداء رأيه فيما يُشكّل عليه من موضوعات حتى يفصل فيما يعرض عليه مُكوّناً عقيدته على علم ودرأة مُزَوَّداً بأهل الخبرة.

فلهيئة التحكيم الاستعانة بخبير في الدعوى دون توقف ذلك على طلب من جانب الخصوم، واختيار الخبير من سلطات المُحْكَم فلا يستطيع أى من الخصوم طلب تعيين خبير معين.

وقد تحتاج المسائل المعروضة عليه لرأى أكثر من خبير لتشعب نقاط البحث فيها أو حتى لو كانت نقطة واحدة فقط ترى اطمئنانها في اجتماع أكثر من خبير وفي أى صورة يجوز لهيئة التحكيم أن تنتدب أكثر من خبير في الدعوى وتحدد الهيئة ميعاداً للخبير ليقدم تقريره فيه^(١).

ويُشترط أن يقدم الخبير تقريره كتابة، فإن تأخر الخبير عن تقديم التقرير في موعده جاز للمُحْكَم أن يستبدل به خبيراً آخر^(٢).

□ تقدير رأى الخبير:

إذا قدم الخبير تقريره فيما طلب إليه إبداء الرأى فيه فإنه يصبح من بين الأدلة

(١) وبال مقابل مادة (٨٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري حيث نصت على أن: «يجدد قاضي التحقيق ميعاداً للخبير يقدم تقريره فيه وللقاضي أن يستبدل به خبير آخر إذا لم يقدم التقرير في الميعاد».

(٢) أصول الإجراءات الجنائية د/ حسن صادق المرصداوي، ص ٣٦٦.

المطروحة للمناقشة أمام هيئة التحكيم، ولا يوجب تلاوة التقرير في الجلسة بل يكون ملخصاً لتقديرها وهو تقديرٌ موضوعي. فإن شاءتأخذ بنتيجة، وإن أرادت طرحته، ولها أن تأخذ بأجزاء منه وتسبعد الأجزاء الأخرى، وفي كل الأحوال لا تكون الهيئة مقيدة برأي. وإن تعددت تقارير الخبراء فإنها تفضل بينها وتأخذ منها ما تراه وتطرح ما عداه^(١). والهيئة في كل الأحوال لا تكون مقيدة برأي الخبر.

وإذا رأت المحكمة استدعاء الخبر لاستجلاء بعض النقاط في التقرير المقدم منه فإنه يحضر أمام المحكمة للمناقشة في التقرير، ولكنه لا يعتبر شاهداً، ولا يجب تخليفه لأنه يكتفى باليمين التي حلفها قبل مباشرة عمله، أو المأمورية التي انتدب من أجلها. وقد انتفت عنه صفة الشاهد لأنه يدللي ببيانات ومعلومات فنية عند المناقشة وليس فيما يقول ما استقى من خارج العمل الذي ثُدِّب له، ومناقشته تعتبر إثماً للإجراء الذي تعرف رأيه فيه^(٢).

ويجوز في جميع الأحوال أن يؤدي الخبر مأموريته بغير حضور الخصوم^(٣). لأن الإجراءات التي يباشرها الخبر في الغالب مسائل فنية كمضاهاة بصمات، أو تحقيق صحة خطوط، فلا فائدة من حضور الخصوم.

□ الفرق بين المحكّم والخبر:

١- يشترط في المحكّم أن يكون على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف السائد، أما الخبر فلا يشترط فيه إلا علّمه وخبرته في مجال المسألة المتّدّب من أجلها وإبداء رأيه فيها.

(١) أصول الإجراءات الجنائية د/ حسن صادق المصفاوي، ص ٦١٢.

(٢) د/ المصفاوي، المرجع السابق، ص ٦١٢، عزة قطورة، المرجع السابق ص ١٠٥.

(٣) مادة (٨٥) إجراءات جنائية من القانون المصري.

٢- في التحكيم لابد من تراضي الخصوم على تعيين المحكم ويباشر المحكم سلطته بناءً على اتفاق الخصوم. أما الخبر فلا يشترط رضا الخصوم به ويعين بواسطة الهيئة الحاكمة ويباشر سلطته بناءً على حكمها بانتدابه.

٣- الإسلام .. يشترط في المحكم الإسلام لأنَّه لا ولادة للكافر على المسلم. ولا يُشترط الإسلام في الخبراء لأنَّ مهمتهم ليست ولادة بل الإدلة بمعلومات علمية أو فنية في مسألة معينة تُدب من أجلها، فقد يكون النزاع بين مؤسسة أجنبية وعربية وفي حاجة لخبر أجنبي.

٤- العدل .. وهو من الشروط المتفق عليها في المحكم مادام يشترط فيه الإسلام وهي شروط القاضي بلا خلاف ولا يشترط العدل في الخبر وإنما العلم والخبرة فيها يعرض عليه، وذلك لأنَّ للهيئة المحكمة الحق في طرح نتيجة التقرير جانبًا إذا لم تطمئن إليها، إذ أنَّ تقرير الخبر ليس إلا استشاريًا ويخضع لتقدير هيئة التحكيم.

٥- مهمة المحكم تم بحضور الخصوم والجلوس بين يديه وفي مكان واحد وعلى مستوى واحد، أما الخبر فيؤدي مأموريته بغير حضور الخصوم.

٦- تنتهي مهمة المحكم بالحكم في النزاع المعروض عليه، بينما مهمة الخبر تنتهي بتقديم التقرير إلا إذا شاءت المحكمة استدعائه لإنفاذ الإجراء.

٧- الأصل في حكم المحكم إذا كان صواباً وواقعاً ضمن اختصاصه أن يكون ملزماً من حكمه، ونافذاً عليهما، أما الرأي الذي ينتهي إليه الخبر في تقريره لا يعُدُّ أن يكون استشارياً ويخضع لتقدير هيئة التحكيم إن شاءت أخذت به وإن شاءت طرحته جانبًا.



البحث الخامس

أمين سر التحكيم «الكاتب»

لكرة أشغال الحاكم ونظره فيما يرفع إليه من دعوى، فيستحب له أن يتخد كاتباً مسلماً مكلفاً عدلاً حافظاً عالماً، يجلسه حيث يشاهد ما يكتبه و يجعل القطر مختوماً بين يديه^(١).

- مشروعية اتخاذ الكاتب:

إن النبي ﷺ استكتب كثيراً من الصحابة رضوان الله عليهم ليكتبوا الوحي وغير الوحي، زاد عددهم على أربعين كاتباً^(٢) منهم الخلفاء الأربع، وأبي بن كعب، والزبير بن العوام، وعامر بن فهيرة، وعمرو بن العاص، ومعاوية بن أبي سفيان، وزيد بن ثابت، وغيرهم رضوان الله عليهم وعنهما أجمعين^(٣).

□ شروط الكاتب^(٤):

اشترط الفقهاء في كاتب الحاكم نوعين من الشروط:

* شروط جواز. * شروط استحباب.

أولاً: شروط الجواز:

١- الإسلام: فلا يجوز أن يُولى غير المسلم (كاليهودي والنصراني والشريك) كاتباً لدى الحاكم لقوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ أَمْتُوهُمْ لَا تَنْخِذُوا بِطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لَا يَأْتُونَكُمْ خَبَارًا﴾ [آل عمران: ١١٨].

(١) الشرح الكبير ج١ ص ١٧٢.

(٢) مغني المحتاج ج٤ ص ٣٨٨، القضاء في الإسلام، عبد القادر أبو فارس ص ٦٠.

(٣) أنظر زاد المعاد ج١ ص ٢٩، ٣٠، فقد سرد صاحبه سبعة عشر صاحبآ عملاً كتاباً للنبي ﷺ.

(٤) المبسوط للسرخسي ج١ ص ٩٣، ٩٤، المغني لابن قدامة ج١٠ ص ٦٤، الشرح الصغير على أقرب المسالك ج٤ ص ٢٠٢.

ومن الآثار .. ما روي عن عمر بن الخطاب قوله لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما في كتابه النصراوي: لا تكرموهم إذ أهانهم الله، ولا تأمنوهم إذ خوّهم الله، ولا تذنّهم إذ أقصاهم الله. فقال أبو موسى: لا قوام للبصرة إلا به، فقال عمر رضي الله عنه: مات النصراوي والسلام، يعني هب أنه قد مات فيما كنت صانعاً حينما فاصلته الساعية واستغنى عنه بغيره^(١).

ومن الحديث أيضاً .. روى ابن ماجة رحمه الله في سنته بإسناده عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [إِنَّا لَا نَسْتَعِينُ بِمَشْرِكٍ]^(٢).

٢- العدالة: فيشترط في الكاتب أن يكون عدلاً لأن الكتابة موضع أمانة^(٣)، أي يقسم بالفرايض والأركان، ويتجنّب الكبائر من الآثام، ولا يُصْرِّ على الصغائر، وأن يكون بعيداً عن مواطن الرَّيْبِ مأموناً وقت الرضا والغضب.

٣- الأهلية الكاملة: فينبع أن يكون مكلفاً، أي يتمتع بالأهلية الكاملة فيكون بالغاً عاقلاً تجوز شهادته لأنه قد يحتاج القاضي إلى شهادته.

ثانية: الشروط المستحبة:

استحب فقهاؤنا الأجلاء رحهم الله فيمن يعين كاتباً أن تتوافر فيه الصفات التالية:

١- أن يكون حافظاً فقيهاً لأنه قد يحتاج إلى الاختصار والحدف من كلام الخصمين، ول يعرف موقع الألفاظ التي تتعلق بها الأحكام ويفرق بين الجائز والواجب.

(١) المغني لابن قدامة ج ١٠ ص ٦٤، المبسوط ج ٦ ص ٩٣، ٩٤.

(٢) تفسير ابن ماجة ج ٢ ص ٩٤٥ رقم الحديث ٢٨٣٢ قال صاحب مختصر شرح الجامع الصغير ج ١ ص ١٧٣ (رواه الإمام أحمد في المسند وأبو داود في السنن وابن ماجه في سنته عن عائشة وهو صحيح).

(٣) الشرح الكبير ج ٦ ص ١٧٢ (قال أصحاب الشافعى في اشتراط عدالته وإسلامه وجهان: (أحدهما) يشترط لأن الإسلام من شروط العدالة، والعدالة شرط. (والثانى) لا يشترط لأن ما يكتبه لابد من وقوف القاضي عليه فهو من الخيانة).

- ٢- أن يكون صحيح الضبط لئلا يفسد ما يكتبه بجهله.
- ٣- أن يكون جيد الخط حتى يتمكن غيره من قراءته إذا دعت الحاجة واقتضى الأمر.
- ٤- أن يكون الكاتب أميناً حراً.
- ٥- أن يكون ورعاً نزيهاً لا يُسْتَهِنُ بهدية أو رشوة.
- ٦- أن يكون ذو خبرة بكتابة المحاضر والسجلات والصكوك والأوامر والقرارات القضائية.

□ اختصاصات أمين سر التحكيم (الكاتب):

من الأعمال التي يقوم بها كاتب هيئة التحكيم ما يلي:

- ١- يقوم كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع بـأعمال سكرتارية هيئة التحكيم وإنشاء السجلات الالزمة لقيد طلبات التحكيم وعرضها على الجهة المختصة لاعتماد وثيقة التحكيم، كما يتولى الإخطارات والإعلانات المنصوص عليها في نظام التحكيم وأية اختصاصات أخرى يحددها الوزير المختص.
- ٢- وعلى الكاتب أيضاً إخطار المحكمين والمحكمين بالقرار الصادر بشأن اعتماد وثيقة التحكيم خلال أسبوع من تاريخ صدوره.
- ٣- كما يخطر كاتب الجلسة المحكمين بميعاد الجلسة التي ينظر فيها التحكيم وذلك قبل ميعاد الجلسة بمنتهى لا تتجاوز خمسة أيام.
- ٤- وعلى كاتب هيئة التحكيم أن يثبت الواقع والإجراءات التي تتم في الجلسة في محضر يحرره تشرف عليه الهيئة، ويُثبت في المحضر تاريخ ومكان انعقاد الجلسة وأسماء الهيئة والسكرتير والمحكمين، ويتضمن أقوال أصحاب الشأن ويوقع عليه بعد أن يوقع عليه رئيس الهيئة والمحكمون.
- ٥- وكل تبليغ أو إخطار أو إعلان يتعلق بخصوصية التحكيم يتم بمعرفة كاتب الجهة

المختصة أصلًا بنظر النزاع عن طريق المراسل والجهات الرسمية.

٦- ومن مهام الكاتب للهيئة المختصة بنظر النزاع أيضًا أن يسلم المحكوم له صورة من السند التنفيذي لقرار التحكيم موضحاً به الأمر بالتنفيذ.

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْبَخْرَيِّ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْفَزْوَارِ

www.moswarat.com

رَفِعَ

جَمِيعُ الْأَعْمَانِ (الْجَنَّى)
أَسْلَمَ الْأَبْرَارُ (الْجَنَّى)
www.moswarat.com

الْبَابُ الْثَالِثُ

الْقَوْاعِدُ الْعَامِمَةُ لِلشَّرِيكِيِّ
وَطَرِيقُ اِسْلَامِهِ

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْبَخْرَيِّ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْغَرَوْبَةِ

www.moswarat.com

الباب الثالث

القواعد العامة للتحكيم وطرق إثباته

- ويشتمل على ثلاثة فصول:

□ الفصل الأول: قواعد التحكيم.

□ الفصل الثاني: طرق إثبات التحكيم.

□ الفصل الثالث: شروط التحكيم.

الفصل الأول

قواعد التحكيم

المبحث الأول

الحكم بشرعية الله

إن التحاكم إلى ما أنزل الله والتزام ما فصل لعباده من الحلال والحرام وسائر الشرائع صورة من صور العبادة لا يجوز أن تصرف إلى غير الله، ومن فعل غير ذلك من الحكام فهو كافر يجب قتاله حتى يرجع إلى حكم الله ورسوله فلا يحكم سواه من قليل ولا كثير.

وذلك لقوله ﷺ: (وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكُفَّارُ) [٤٤] [المائدة: ٤٤].

(وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [٤٥] [المائدة: ٤٥].

(وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَسِيْقُونَ) [٤٧] [المائدة: ٤٧].

فهم كافرون لأنهم جحدوا حكم الله قصدًا منهم وعنادًا وعمدًا.

وهم ظالمون لأنهم لم ينصفوا المظلوم من الظالم في الأمر الذي أقرَّ الله بالعدل^(١). والتسوية بين الجميع فيه فخالفوا وظلموا وتعدى بعضهم على بعض.

وهم فاسقون لأنهم خارجون عن طاعة ربهم مائلون إلى الباطل تاركون الحق^(٢). يقول الأستاذ أبو الأعلى المودودي في (الحكومة الإسلامية) تعقيباً على تلك الآيات الثلاثة من سورة المائدة أن الله هنا أصدر ثلاثة أحكام في شأن من لا يحكمون بقانون الله المُنَزَّل.

الأول: أنهم كافرون. الثاني: أنهم ظالمون. الثالث: أنهم فاسقون.

ومعنى هذا بوضوح أن من يترك حكم الله وقانونه ويحكم بقانون آخر وضعه هو بنفسه أو وضعه ^{آنَاسٌ} غيره يَرْتَكِبُ ثلاَثَ جرائم:

الأولى: أن تَصُرُّفَهُ هذا يعني رَفْضُ حِكْمَةِ الله وَهَكُذا كَفَرَ.

الثانية: أن فعله هذا يخالف العدل والإنصاف ويُحَاجِفُهُ، لأن الحكم الذي ينطبق تمام الانطباق هو ما أصدره الله، فإن حَادَ عنْهُ ثُمَّ حُكِّمَ فَقَدْ ظُلِّمَ بِكُلِّ تَأْكِيدٍ وَبِقِيمَةٍ.

الثالثة: أنه مع كونه عبداً فقد عصى قانون سيده ومالكه، ونَفَدَ قانونه الخاص أو قانون غيره من البشر، ومن ثَمَّ فقد خرج فعلاً عن دائرة العبودية، وشَدَّ عن إطار الطاعة، وهذا فسق وانحراف عن حكم وطاعة الله عَزَّلَهُ.

ولَا يمكن أن يكون هناك ابْتِعَادٌ عن الحكم بما أَنْزَلَ الله دون أن توجد هذه النقاط

الثلاثة^(٣).

(١) تفسير ابن كثير، المجلد الأول ص ٥٢٠، ٥٢٢، مختصر وتحقيق محمد على صابوني، عزة قطورة، المرجع السابق ص ١٢٩.

(٢) تفسير ابن كثير، المرجع السابق ص ٥٢٠، ٥٢٢، مختصر وتحقيق محمد على صابوني.

(٣) تحكيم الشريعة ودعawi العلانية، د/صلاح الصاري ص ٦٣، والحكومة الإسلامية للمودودي، ص ١٠٦، ١٠٠.

من هنا إذا أردنا التحكيم وفقاً لشريعة الله تعالى فيجب على الحاكم أن يقضي ويفصل بين المتنازعين وفقاً لحكم الله تعالى وسنة رسوله عليهما السلام ليستبط الحكم ويقضي بالحق، وذلك لقوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ مَاءَمُوا أَطْبَعُوا اللَّهَ وَأَطْبَعُوا الرَّسُولَ وَأُولَئِكَ الْأُمَّةُ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَّعُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ حَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾** [٥٩].

فهذا أمر من الله تعالى يرد أي شئ يتنازع فيه الناس من أصول الدين وفروعه يردُّ التنازع فيه إلى الكتاب والسنة.

كما قال رب العزة: **﴿وَمَا أَخْلَقْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَمَحْكُمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُبَيِّبُ﴾** [الشورى: ١٠].

أما قوله تعالى: **﴿إِنَّا أَنَزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ إِمَّا أَرَدْتَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾** [النساء: ١٠٥].

فليس معناها تحريل النبي عليهما السلام الحق في أن يحكم بما رأى، بل معناها أنك تطبق حكم الله عليهم.

فالحكم الإلهي قد نزل إجمالي وعام و مجرد. والرسول عليهما السلام إنما يبين انطباقه على الواقع المفردة تفصيلاً ويلزم به، وذلك يحتاج إلى رأى منه عليهما السلام واجتهاد في الرأى والتفسير. ويريد هذا الفهم والتفسير قوله تعالى في الآية الأخرى **﴿وَإِنْ أَحْكُمْ بَيْنَهُمْ إِمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ أَنَّهُ﴾** [المائدة: ٤٩].

ويقول تعالى أيضاً في كتابه الكريم: **﴿فَإِنْ جَاءَكُمْ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضَ عَنْهُمْ فَكَانَ يَضْرُبُوكُمْ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْقِسْطِينَ﴾** [المائدة: ٤٢].

إن الله تعالى خيرٌ نبيه ﷺ^(١) إذا جاءه أهل الكتاب محتكمين إليه، طالبين منه الحكم في خصوصياتهم^(٢)، بين الحكم أو الإعراض عنهم، وأخبره جَلَّ شأنه أن الإعراض عن المحتكمين إليه لا يُرتب عليه ضرراً لا في الدين ولا في الدنيا، وهذا هو عين التحكيم، فللهم حُكْمُ مُطْلَق الحرية في الخيار بين الحكم أو الإعراض عن المحتكمين إليه. وإذا ما اختار الإعراض عنهم فلا سبيل لإلزامه ولا جراء عليه. هذا على خلاف الحاكم المنصب للفصل في الخصومات بين الناس فلا يستطيع الخيار بين الحكم أو الإعراض بين الخصوم إذا ما ترافعوا أو أحدهما إليه^(٣).

ويقول الله تعالى أيضًا في كتابه العزيز: ﴿ وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَحِدُّونَ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا فَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا سَلِيمًا ﴾^(٤) [النساء: ٦٥].
ويقول الله تعالى في كتابه العزيز أيضًا: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حِرْمٌ وَمَنْ قُتِلَ مِنْكُمْ مُّسْعِدًا فَجَرَأَهُ مُتَّلِّ مَا قُتِلَ مِنَ النَّعْوِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَذِهِ بَلِغَ الْكَعْبَةَ أَوْ كَفَرَةً ﴾

(١) د/ سيد محمود، المرجع السابق ص ٢٣.

(٢) زنا اليهوديين وقصة الرجم: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ١٧١ هـ) الطبعة الثالثة، دار الكتب المصرية، الناشر دار إحياء الكتاب العربي ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م، ج ٦ ص ١٧٦؛ د/ سيد محمود، المرجع السابق، هامش ٥ ص ٢٣.

(٣) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٣٧، د/ سيد محمود، المرجع السابق ص ٢٤.

(٤) ويقول أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى في قوله تعالى (حتى يحكموك) حتى يجعلوك حكمًا بينهم فيما اختلف بينهم من أمور، أنظر جامع البيان ج ٥ ص ١٥٨، والحكم عند أهل اللغة هو من يختار للفصل بين المتنازعين، أنظر المعجم الوسيط ج ١ ص ١٩٠، مشار إليه في أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ٥٩، هامش ١، وجاء في حاشية الصاوى «الحاكم ما كان مقامًا من طرف السلطان والمحكم ما كان مقامًا من طرف الأخصام»، الشرح الصغير: للشيخ أحمد بن محمد الصاوى، ت ١٢٤١هـ. مطبوع مع الشرح الصغير - طبعة عيسى الحلبي ١٩٧٦م، ج ٥ ص ٤٤٩٤؛ د/ سيد محمود، المرجع السابق هامش ٢ ص ٢٤.

طعام مسكنين أو عدل ذلك صباحاً ليذوق وبالآمره عفأ الله عن سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو أنيقان ^(١) [المائدة: ٩٥]. هنا نهى الله عباده المؤمنين عن قتل الصيد ما داموا حرماء، وجعل على من قتله الجزاء، يحكم به عدلاً، وعموم الآية أعطى قاتل الصيد إقامة عدلين للحكم عليه بالجزاء، وبغير إذن الإمام، ويجزئ إخراج الجزاء بناءً على حكمها، فدل ذلك على أن الآية نص على جواز التحكيم ^(٢).

وإذا كان الحكم الإلهي عام و مجرد - كما أسلفنا - والرسول صلوات الله عليه ينطبق على الواقع المفردة ويلزم به وذلك يحتاج إلى رأي منه مصحوياً باجتهاد، ويؤيد ذلك الفهم قول الله صلوات الله عليه في الآية الأخرى وَإِنْ أَخْكُمْ بِيَنَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِكُمْ (كما أسلفنا).

إذن كانت السنة دليلاً شرعاً لا من حيث أنها صادرة عن محمد صلوات الله عليه لذاته، بل من حيث إنها دالة على أحكام الله مصداقاً لقوله وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْمَوْئِى إِنَّهُ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى ^(٣) [النجم: ٤، ٣].

وفي ذلك يقول الدكتور سليمان الأشقر ^(٤): «كما أن المجتهد إذا استنبط حكمه في مسألة اجتهادية فهو ليس حاكماً وإنما هو محير عن أنه يظهر له أن حكم الله صلوات الله عليه في المسألة هو كذا وكذا مما أخبره به .. ثم إن شرع الله يأمره بالعمل بما غلب عليه ظنه أنه الحق. ويقول ابن القيم رحمه الله (والصحيح أن الحكم بغير ما أنزل الله يتناول الكفرين الأصغر والأكبر بحسب حال الحكم فإنه إن اعتقاد وجوب الحكم بما أنزل الله في هذه الواقع وعدل عنه عصياناً مع اعترافه بأنه مستحق للعقوبة، فهذا كفر أصغر وإن اعتقاد أنه غير واجب وأنه خير فيه مع تيقنه أنه حكم الله فهذا كفر أكبر، وإن جهله وأخطأه

(١) د/ اسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ١٩؛ أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ٥٨؛ د/ سيد محمود، المرجع السابق ص ٢٤.

(٢) الواضح في أصول الفقه للمبتدئين، د/ سليمان الأشقر ص ١٦؛ عزة قطرة، المرجع السابق ص ١٣٢.

فهذا مخطئ له حكم المخطئين^(١).

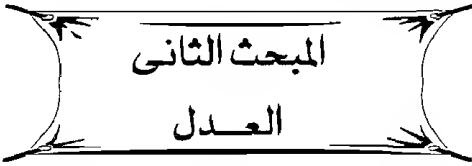
ومن لم يحكم بما أنزل الله وهو لم يَسْتَخِفْ به ولم يحتقره ولم يعتقد أن غيره أصلح منه وأنفع للخلق، وإنما حكم بغيره تسلطاً على المحكوم عليه، أو انتقاماً منه لنفسه، أو نحو ذلك، فهذا ظلم وليس بكافر وتحتختلف مراتب ظلمه بحسب المحكوم به ووسائل الحكم.

ومن لم يحكم بما أنزل الله لا استخفافاً بحكم الله ولا احتقاراً ولا اعتقاداً أن غيره أصلح وأنفع للخلق وإنما حكم بغيره محاباةً للمحكوم له أو مراعاة لرשותه أو غيرها من عرض الدنيا، فهذا فاسق وليس بكافر، وتحتختلف مراتب فسقه بحسب المحكوم به ووسائل الحكم^(٢).



(١) مدارك السالكين لابن القيم ج ١ ص ٣٦٥، تحكيم الشريعة د/ صلاح الصاوي ص ٥٦، عزة قطورة، المرجع السابق ص ١٣٢.

(٢) المجموع الشمرين من فتاوى محمد بن صالح العثيمين، الجزء الأول ص ١٤٢، عزة قطورة، المرجع السابق ص ١٣٢.



المبحث الثاني

العدل

نزلت آيات العدل عامة، فالأمر فيها مطلق غير مقييد، وفي بعضها تحذير من ترك العدل سواءً من بغضه أو قرابة أو غيرها.

فقال تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَإِلَيْهِ الْحَسَنَاتِ﴾ [التحل: ٦٠].

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ طَأْتَنَا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَفْتَلُوا فَأَصْلِحُوْا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوْا الَّتِي تَبَغِي حَقَّ تَبْغِي إِلَيْهِ أَمْرُ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوْا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَفْسِطُوْا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْرَاجُهُ فَأَصْلِحُوْا بَيْنَ أَخْوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرَحَّمُوْنَ﴾ [الحجرات: ٩، ١٠].

يتضح من تلك الآيات البينات أن التشريع الإسلامي ينظر إلى الناس كلهم نظرة المساواة في الخضوع لأحكامه وفي المؤاخذة على مخالفتها لا فرق بين حاكم ومحكوم، ولا بين غني وفقير، ولا بين شريف وغير شريف، ولا بين عربي وأعجمي، ولا بين أبيض وأسود، فلا يعفى شخص من المؤاخذة بما له من جاه أو سلطان.

وفي تفسير الآيتين السابقتين (وإن طائفتان من المؤمنين ..) لابن كثير، ذكر سعيد بن جبير أن الأوس والخزرج كان بينهما قتال بالسعف والنعال فأنزل الله تعالى هذه الآية فأمر بالصلح بينهما.

قال السدي: كان رجل من الأنصار يقال له عمران وكانت له امرأة تدعى أم زيد وأن المرأة أرادت أن تزور أهلها فحبسها زوجها، وجعل من عليها لا يدخل عليها أحداً من أهلها، وأن المرأة بعثت إلى أهلها فجاء قومها وأنزلوها ينطلقون بها وأن الرجل كان قد خرج فاستعان

بأهله فجاء بنو عمه ليحولوا بين المرأة وبين أهلها فتدافعوا واجتذلوا بالنعال .. فنزلت فيهم هذه الآية، بعث إليهم رسول الله ﷺ وأصلاح بينهم ففأعوا إلى أمر الله.

وقوله ﷺ: ﴿فَإِنْ فَعَاهُتْ فَأَصْلِحُوهَا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَفْسِطُوهَا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُفْسِطِينَ﴾ [الحجرات: ٩] أي اعدلوا بينها بالقسط وهو العدل (إن الله يحب المحسنين).

وروى ابن أبي حاتم عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: أن رسول ﷺ قال: «المُفْسِطُونَ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى مَنَابِرَ مِنْ نُورٍ عَلَى يَمِينِ الْعَرْشِ، الَّذِينَ يَعْدِلُونَ فِي حُكْمِهِمْ وَأَهْلِهِمْ وَمَا وُلُوا».

وقوله ﷺ: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْرَوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠] أي الجميع إخوة في الدين، فيجب ألا نخاب البعض على البعض، وأن نحكم بينهم بالعدل. وكما قال رسول الله ﷺ [المسلم]: أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله.

وقوله ﷺ: ﴿فَأَصْلِحُوهَا بَيْنَ أَخْوَيْهِ﴾ يعني الفتني المقتليين. ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ﴾ أي في جميع أموركم: ﴿لَعَلَّكُمْ تَرْحَمُونَ﴾. وهذا تحقيق منه ﷺ للرحمة لمن اتقاه.

فهذه الآيات في هذه القصة ترشدنا وتدلنا إلى قواعد التحكيم، فهـى توجـب علىـ الحـاـكـمـ أنـ يـقـومـ بـالـإـصـلـاحـ أـوـلـاـ بـيـنـ الـخـصـمـيـنـ، وـأـنـ يـحـكـمـ بـيـنـهـمـ بـالـعـدـلـ، وـلـاـ يـظـلـمـ، وـيـتـقـىـ اللهـ فـيـ أـحـكـامـهـ. وـمـنـ مـنـهـجـ اللهـ الـحـكـيمـ لـيـبـنـ لـلـنـاسـ أـمـانـةـ الـعـدـلـ.

قول الله ﷺ: ﴿يَنَّا إِلَيْهَا أَلَّذِينَ مَأْمَنُوا كُوْنُوا قَوَّمِينَ بِالْقِسْطِ شَهَدَاهُ اللَّهُ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنَ وَالْأَقْرَبَيْنَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلَا تَسْبِعُوا الْمَهْوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَيْرًا﴾ [النساء: ١٣٥].

نعم إنـهاـ أـمـانـةـ الـقـيـامـ بـالـقـسـطـ، بـالـقـسـطـ عـلـىـ إـطـلاـقـهـ فـيـ كـلـ حـالـ وـفـيـ كـلـ بـحـالـ، الـقـسـطـ

الذي يمنع البغى والظلم في الأرض والذى يكفل العدل بين الناس والذى يعطى كل ذى حق حقه من المسلمين وغير المسلمين.

ففى هذا الحق يتساوى عند الله المؤمنون وغير المؤمنين، والأقارب وغيرهم، ويتساوى أيضاً الأصدقاء كما يتساوى الأغنياء والفقراة.

فهذا رسولنا الكريم صلوات الله عليه وسلم، يقول من جاء يشفع لامرأة من بنى مخزوم سرقت: [إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقُوا فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرْكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الْمُضَعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَأَئِمْمُ الْمُؤْمِنِينَ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بْنَتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقْطَعَتُ يَدَهَا].^(١)

قصة هذه المرأة^(٢): هي أن امرأة من بنى مخزوم سرقت حلياً أو متابعاً، ورفع أمرها إلى النبي ﷺ فاعترفت بالسرقة، فخشى قومها أن ينفذ الرسول عقوبة السارق فيها فينفضحوا، وجاءوا إلى أسامة بن زيد، وكان أسامة يحظى بحب النبي ﷺ له ولأبيه زيد وكلموه في أن يشفع للمرأة ألا ينفذ فيها العقوبة وكلم رسول الله فغضب عليه الصلاة والسلام وقال: أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حَدودِ اللهِ؟ ثُمَّ جَمَعَ النَّاسَ فَخَطَبَ فِيهِمْ قَائِلاً: أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّمَا أَهْلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ ... إِنَّمَا الْحَدِيثُ.

فهذا الأسلوب القاطع في منع المحاباة في إقامة حدود الله، وتنفيذ أحكامه يدل دلالة واضحة على أن المساواة بين الناس أَصْلُ أَصْبَلٍ في شريعة الإسلام وأن العدل هو أساس التحكيم وضبيطه.

ونرى هنا أن العدل لم يقع إلا في القلوب التي عمرت بعقيدة الإيمان بالله وبتشريعه.

مِنْ تَلَاقِهِ مِنْ تَلَاقِهِ مِنْ تَلَاقِهِ

(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، د/ محمد مصطفى شلبي، ص ٩٥.

(٢) المرأة هي فاطمة بنت أبي أسد، رياض الصالحين للنورى، ص ٢٨٩؛ عزة قطرة، المرجع السابق، ص ١٣٦.

الفصل الثاني

طبيعة عمل الحكم

اختلف الفقهاء المسلمين في تحديد طبيعة عمل الحكم، فمنهم من أسبغ على عمله الصفة القضائية، ومنهم من اعتبر عمله بمثابة عمل الوكيل، ومنهم من أخذ مذهبًا وسطيًّا بين القضاة والوكليل (الوكالة).

وفيما يلي ستناول اختلافهم إلى ثلاثة آراء بإيجاز شديد، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: الحكم شأنه شأن القاضي .. نافذ الأحكام:

وهذا يشكل الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، بمعنى أن الحكم في الشريعة الإسلامية يقوم بعمل قضائي شأنه في ذلك شأن القاضي المولى من قبل الإمام أو نائبه. فجاء في روضة الطالبين «إذا رفع حكم المحكم إلى القاضي لم ينقضه إلا بما ينقض به قضاء غيره»^(١).

وفي الشرح الصغير «إن حكم المحكم فيما يجوز له الحكم فيه فحكم صواباً ماضياً حكمه ولا ينقض لأن حكم المحكم يرفع الخلاف»^(٢).

وفي الكافي في فقه الإمام أحمد «إذا حكم بينهما لزم حكمه لأن من جاز حكمه لزم كاضي الإمام»^(٣).

(١) ابن شرف النووي، روضة الطالبين ج ١ ص ١٢١ - ١٢٢، يقول الأردبيلي: «ولو كتب المحكم إليه أبي إلى القاضي المولى - بما حكم يجب أن يقبل»، الأنوار لأعمال الأبرار ج ٢ ص ٦١٥، الأسطل، المرجع السابق، ص ١٢٤ د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٢٤ د/ عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٢) الدردير، الشرح الصغير ج ٥ ص ٤٥١ د/ الأسطل، المرجع السابق ص ١٢٤ د/ عبد الكريم، المرجع السابق ص ١٩١.

(٣) ابن قدامة (أبي محمد موفق الدين)، الكافي ج ٤ ص ٤٣٦.

وفي أدب القاضي الماوردي «إن المحكم قد صار بالتحكيم حاكماً»^(١).

وجاء في الإنصاف «يلزم من يكتب إليه بحكمه القبول وتنفيذه كحاكم الإمام»^(٢).

□ الرأي الثاني: المحكم وكيل وليس حاكماً:

وذهب هذا الرأي إلى أن المحكم وكيل وليس حاكماً، وهو قول بعض المالكية ..

فالتحكيم عند هؤلاء البعض من المالكية من باب الوكالة لا الولاية. جاء في المتنى شرح موطأ مالك «أن التحكيم عند ابن القاسم ومن تابعه من باب الوكالة لأن حكم خاص والولاية عامة، وأن حكمه إنما يكون ياذن من يحكم له أو عليه وهذا معنى الوكالة»^(٣).

□ الرأي الثالث: المحكم قاضي من وجهه وكيل من وجهه آخر:

قال أصحاب هذا الرأي أن المحكم في عمله يشبه القاضي من وجهه ويشبه الوكيل من وجهه آخر، فيشبه القاضي في أنه يعمل باستقلال عن إرادة الخصوم، ويشبه الوكيل في أنه لا يمكنه مباشرة عمله إلا بتحكيم الخصوم له، قال بهذا الرأي الحنفية.

فجاء في أحكام القرآن للجصاصين: «ونحكيم المحكم في الخصومة بين رجلين يشبه حكم الحاكم من وجهه، ويشبه الوكالة كما أوضحتنا»^(٤).

وجاء في الاختيار لتعليق المختار «متى كان – أى المحكم – كالقاضي في حقهما –

(١) الماوردي، أدب القاضي ج ٨ ص ٤٣٨٠ د/ الأسطل، المرجع السابق ص ١٢٤ د/ عبد الكريم نصیر، المرجع السابق ص ١٩٢.

(٢) المردادي، الإنصاف ج ١ ص ١٩٨ د/ عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٣) أنظر في ذلك الباجي – المتنى ج ٥ ص ٤٢٧ د/ عبد الكريم نصیر، المرجع السابق ص ١٩٢.

(٤) الجصاصين، أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٣٢.

المتخاصمين - والمصالح في حق غيرهما لأن غيرهما لم يرضى بحكمه^(١). ويتفق الاتجاه الغالب في الفقه الوضعي من أن حكم الحكم يعد بمثابة حكم صادر من جهة قضائية^(٢). إذ اشترط في الحكم ما يشترط في القاضي المولى، وأن عمل الحكم أحيط بكافة الضمانات التي يحاط بها عمل القاضي المولى .. فهو في النهاية ملتزم بأحكام وقواعد الشرع ووسائل الإثبات الشرعية.

والمحكم في الشريعة الإسلامية حسب الراجح كالقاضي المولى من جهة الإمام أو نائبه، وفي هذا يتتفق التحكيم في الشريعة مع نظام التحكيم بالقضاء المعروف في القانون إذ يتعين على المحكم في التحكيم بالقضاء أن يحكم في النزاع على مقتضى القانون مثله في ذلك مثل القاضي.

وما يخضع له القاضي حين إصداره لحكمه في النزاع يتمثل في المصادر والأدلة الشرعية التي يستقي أو يتعين عليه أن يستقي حكمه منها .. وقد جاء في رد المحتار على الدر المختار «قضاء القاضي يرد بكل حال إذا خالف نصاً أو إجماعاً»^(٣).

وإذا كان المحكم في الشريعة الإسلامية شأنه شأن القاضي المولى فإنه يتعين عليه الالتزام بها التزم به القاضي المولى، وبالتالي يتعين عليه أن يستقي حكمه من [الكتاب - أو السنة - أو الإجماع - أو القياس]. وألا يكون مخالفًا للقواعد الفقهية.

مقدمة في التحكيم

(١) ابن مودود (عبد الله بن محمود الموصلى ت ٦٨٣هـ) الاختيار لتعليق المختار ج ٢ ص ٩٣ / د عبد الكرييم نصیر، المرجع السابق ص ١٩٣.

(٢) أبو الوفا (د/ أحد) ص ١٩٦ - ١٩٨.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٥ ص ٣٩٤.



الفصل الثالث

» طرق إثبات التحكيم <

إن قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي تقوم على البينة - الشهادة - دون الكتابة، حيث لم تكن متشرة، وقابلة للتقليل والتزوير رغم أن القرآن الكريم قد حثّ على ذلك بقوله سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ إِنَّمَا يَنْهَا الْمُكَذِّبُونَ (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَاءَنُوكُمْ بِدَيْنِ إِلَيَّ أَجْكِلُ مُسْكَنَيْ فَأَكْتُبْ تُبُوهُ وَلَيَكْتُبْ بَيْنَنْكُمْ كَمَا يَكْتُبُ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَمَهُ اللَّهُ فَلَيَكْتُبْ وَلَيُمَلِّي أَلَّذِي عَلَيْهِ الْحُقُّ وَلَيَقُولَ اللَّهُ رَبُّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا) [البقرة: ٢٨٢].

ولما كان القضاء هو المرجع الأساسي في فصل المنازعات وإنهاء الخصومات، والحكم الفصل في إظهار الحقوق وضمانها لأصحابها، وضع له الإسلام القواعد والضوابط التي تمنع ذوي النفوس المريضة من التطاول والسلط، ومحفظ الأمة من العبث والظلم^(١).

والتحكيم في الشريعة الإسلامية يُتَمُ عن طريق عقد رضائي يكفي لانعقاده مجرد تلاقي الإيجاب والقبول^(٢). كأن يقول الأطراف أو الطرفان المتنازعان لرجل ما - فرد أو أكثر - أحکم بيتنا أو جعلناك حکماً بيتنا، فيقول قبلت، فبهذا ينعقد العقد دون حاجة لأي إجراء آخر وهذا ما عَبَرَ عنه الفقهاء في كتبهم الفقهية بأن التحكيم ركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر^(٣).

- وإثبات التحكيم في الشريعة الإسلامية للفقهاء فيه قولان:

(١) عزة قطورة، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٢) ابن نجم البحري الرائق ج ٧ ص ٢٤، الطحطاوي حاشية الطحطاوي ج ٣ ص ٢٠٧، د/ عبد الكريما، المرجع السابق، ص ١٥٦.

(٣) ابن نجم، البحري الرائق ج ٧ ص ٢٤، الطحطاوي حاشية الطحطاوي ج ٣ ص ٢٠٧.

﴿القول الأول: لا يحتاج التحكيم إلى شهود تشهد على الخصمين أنها حكمها الحكم وبهذا قال المالكية﴾^(١).

﴿القول الثاني: وجوب الشهادة على التحكيم لئلا يجحد المحكوم عليه من الخصوم إنه حكم الحكم وبهذا قال الحنابلة﴾^(٢).

والراجح هو الرأي الثاني حيث وجوب إثبات التحكيم بالشهادة لما فيه مصالح العباد وقطعاً لدابر النزاع مستقبلاً، ولا مانع من إثبات التحكيم بالكتابة ووجوب ذلك لنفس الغابة، وأيضاً نصَّ القانون على ضرورة إثبات التحكيم بالكتابة لأهميته وخطورته^(٣).

ويخضع عَبْءُ الإثبات لقاعدتين هما^(٤):

(أ) **البينة على المُدَعِي** الذي يَدْعُى خلاف الظاهر واليمين على من أنكر أي على الذي يثبت بهذا الظاهر.

(ب) **القاعدة** هي غياب الموجب والحفاظ على الأشياء على حالها وذلك لقول رسول الله ﷺ: [البينة على المدعى واليمين على من أنكر]. ولو يُعطى الناس بدعواهم لادعى أناسٌ دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى^(٥).

(١) الزرقاني (سيد عبد الباقى بن يوسف بن احمد بن احمد) على مختصر خليل ج ٧ ص ١٣٩ (الدسوقي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٥، الخرشى، شرح الخرشى ج ٧ ص ١٤٥.

(٢) البهورى كشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٩، الرحىانى مطالب أولى النهى ج ٦ ص ٤٧٢.

(٣) أبو الوفا (د/أحمد) ص ٢٤، مادة ٢/٥٠١ من قانون المرافعات المصرى، المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات العراقي، المادة ٧٤٢ من قانون المرافعات الليبي.

(٤) الأحدب، الجزء الأول ص ٨٢، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٥) البخارى ومسلم الطرق القضائية في الشريعة الإسلامية (أحمد إبراهيم) ص ١٦، مشار إليه في الأحدب، الجزء الأول ص ٨٣ هامش ١.

والمحكمين يلتزمون باتباع الإجراءات التي يتبعها القضاة عادة ويؤسّسون الأحكام على ذات الأسانيد التي يؤسّس عليها القضاة قضاهم، أى أنه يجب أن تكون أسباب الحكم كأسباب حكم القاضى مبنية على البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين^(١).

ونستطيع هنا أن نذكر أهم طرق الإثبات التي عرفها العرب قبل الإسلام وساروا عليها ما يلي (الشهادة - اليمين - القساممة - القيافة والعيافة) وتناول منهم الطريقة الثالثة والرابعة بشيء من التفصيل لاحقاً.

فعلى ذلك للمدعي إذا عجز عن إثبات دعواه أمام المحكمة أن يطلب تخلّيف خصمه اليمين، فإذا حالف المدعي عليه اليمين فليس للمدعي أن يطلب بعد ذلك تخلّيفه اليمين أمام القاضى.

وطرق العلم بوقائع الدعوى أنواع مختلفة. فذهب الحنفية إلى أنها^(٢): الإقرار، البينة، اليمين، النكول، القساممة، القرائن البالغة إلى حدّ اليقين.

وزاد غيرهم طرفاً آخرى منها: علم القاضى.

وهذه الطرق لم تكن قاصرة على القضاء وحده وإنما يحصل بها الإثبات ويحكم بها أيضاً المحاسب والي: المظالم وكل من ولي ولاية شرعية إسلامية^(٣).

وتناول بدأة طرق الإثبات في التحكيم بصورة مفصلة وذلك طبقاً للمذهب الحنفي الذي شرط حكم المحكم أن يكون إما إقراراً أو بينةً أو يميناً أو نكولاً ليوافق حكم الشرع.



(١) درر الحكم، شرح مجلة الأحكام ص ٦٤١ (التحكيم بين الشريعة والقانون) عامر رحيم ص ٣٣٠، عزة قطرة ص ١٣٩.

(٢) عقد التحكيم، د/ الدوري، المرجع السابق ص ٢٢٧.

(٣) القضاء في الإسلام، د/ مذكور ص ٧٣.

المبحث الأول

الإقرار

ويسمى الاعتراف، وهو إخبار عن ثبوت حقٍ للغير على نفسه^(١).

وهو من أقوى الحجج، ومع ذلك فهو حججة قاصرة على المقر^(٢).

والأصل فيها قوله تعالى: **﴿أَقْرَرْتُمْ وَأَخْذَمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِيٌّ قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾**

[آل عمران: ٨١].

وقول تعالى: **﴿كُونُوا قَوْمِنَ يَالْقَسْطِ شَهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ﴾** [النساء: ١٣٥].

والإقرار يستلزم وجود المقر والمقر له والمقر به.

المقر: هو المدعى عليه الذي يثبت حق الغير عنده.

المقر له: هو المدعى الذي يقر له الحق.

المقر به: هو الشيء موضوع الخصومة والنزاع.

وإذا أقر المدعى عليه لزمه ما أدعى عليه وليس للحاكم أن يحكم عليه إلا بمسألة

المقر له لأن الحكم عليه حق فلا يستوفي إلا بمسألة مستحقة^(٣).

ولا خلاف في أنه يجوز للحاكم الحكم بالإقرار والبينة في مجلسه إذا سمعه معه شاهد واحد فله الحكم نص عليه.

وقال القاضي لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهد لأنه إذا لم يسمعه معه أحد كان حكماً بعلمه^(٤).

(١) كنز الدقائق وتبين الحقائق عليه ح ٥ ص ٢.

(٢) القضاء في الإسلام، د/ مذكور ص ٨٠.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ج ٦ ص ١٨١.

(٤) الشرح الكبير ج ٦ ص ١٨٢.

فإن الله يَعْلَمُ حكم في الزنا بأربعة شهود. ثم قد أرسل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى المرأة الزانية أنيسًا وحده وقال له (إن اعترفت فارجعها)^(١).



(١) حديث متفق عليه بين البخاري ومسلم، رواه البخاري في ٨٦ كتاب الحدود - ٤٦ باب هل يأمر الإمام رجلاً فيضرب الحد غائب؟ رقم ٦٨٥٩، ٦٨٦٠ - فتح الباري ج ١٢ ص ١٨٥. رواه مسلم في ٢٩ كتاب الحدود - صحيح مسلم ج ٣ ص ١٣٢٤ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

المبحث الثاني
البينة

وهي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، فهي الحجة والدليل والبرهان، وهي الشهود.. مأخوذه من البيان وهو الكشف والإظهار أو إقرار المدعى عليه وتصديقه للمدعى^(١).

والشهادة هي: إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة لإثبات الحق^(٢).

والأصل فيه قوله سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

وقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشِهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأٌ كَانَا مِنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهِدَاءِ أَنْ تَضْلِلَ إِحْدَاهُمَا فَتَذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشَّهِدَاءِ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا يَسْعُوا أَنْ تَكُنُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهِدَةِ وَأَذْنَى لَا تَرْبَأُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَرَّةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ لَا تَكُنُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَأَتْمُرُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والبينة في اصطلاح الفقهاء مرادف للشهادة ويطالب بها المدعى وهو من يدعى الحق على غيره ويطالبه به.

وما روي عن رسول الله ﷺ عن علقة بن وايل بن حجر الخضرمي عن أبيه قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى رسول الله ﷺ، فقال الخضرمي: يا رسول الله هذا غلبني على أرض كانت لأبي فقال الكندي: هي أرض في يدي أزرعها ليس فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟ قال: لا. قال فلك يمينه»^(٣).

(١) الوافي في شرح الأربعين النووية ص ٢٤٣.

(٢) فتح القدير والغاية ج ٢ ص ٢، عزة قطرة، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٣) أبو داود، سنن أبي داود ج ٣ ص ٣١٢ رقم ٣٦٢٣.

وروى عن ابن عباس - رضي الله عنهم - أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد^(١). والمحكم لا يقبل الشهادة إلا من توافرت فيه شروطها وأحكامها المبينة في كتب الفقه، شأنه في ذلك شأن القاضي المولى، فلا يقبل شهادة عدو على عدو، ولا شهادة والد لوالده، ولا ولد لوالده، ولا شهادة المجلود في حدٍ إلى غير ذلك من الشروط التي بسطها الفقهاء في كتاباتهم.

فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه . والحكمة في هذا التوزيع : أن المدعى يدعى أمراً خفياً فهو بحاجة إلى حجة قوية لإظهاره، والبينة حجة قوية لأنها قول من ليس بخصم فجعلت في جانب المدعى . أما اليمين فهي أقل قوة لأنها كلام أحد الخصمين، والمدعى عليه لا يدعى أمراً خفياً وإنما يتمسّك بالأصل واستمرار الحال، فصلحت له الحجة الأضعف وهي اليمين فجعلت في جانبه^(٢).



(١) مسلم (أبي المحسن مسلم بن الحجاج ت ٢٦١هـ) صحيح مسلم ج ٢ ص ٤٠.

(٢) الوابي ص ٢٤٥ .

المبحث الثالث

اليمين

أصل اليمين في اللغة: اليد.

وفي الشرع: توكيده الشيء بذكر اسم أو صفة الله^(١).

قال الحافظ ابن حجر وهذا أقصر التعريف وأقربها.

وقيل لأن اليد اليمنى من شأنها حفظ الشيء فسمى الحلف بذلك لحفظ المخلوف عليه وسمى المخلوف عليه يميناً لتلبسه بها^(٢).

فمن حَقَّ المدعى عند العجز عن إثبات دعواه وإنكار المدعى عليه لها أن يطلب من المُحْكَم توجيهه اليمين إليه على نفس الدعوى. لحديث الرسول ﷺ: «البينة على من أدعى واليمين على من أنكر»^(٣).

فإذا حلف المدعى عليه خسِر المدعى دعواه. لما روى عن الأشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل خصومة في بشر فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال: شاهداك أو يمينه، فقلت إنما يحلف ولا يالي، فقال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَقْطَعُ بِهَا مَا لَهُ امْرٌ مُسْلِمٌ هُوَ فِيهَا فَاجْرٌ لِقَاءَ اللَّهِ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضِبٌ»^(٤).

وما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما إن النبي ﷺ قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدُعَوَاهُمْ لَادْعُوا نَاسًّا دَمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكُنْ اليمين على المدعى عليه»^(٥).

(١) أحكام الحكم هامش ص ١٤٠.

(٢) المرجع السابق، ذات الموضع.

(٣) بلوغ المرام ص ٢٩١، حديث ٤٣٧، عزة قطررة، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٩ ص ٢٨٢.

(٥) صحيح مسلم ج ٢ ص ٤٠، سنن أبي داود ح ٣ ص ٣١١ رقم ٣٦١٩.

واليمين المحلوف به هو «الله الذي لا إله إلا هو»^(١).
وهو على نية المحلف فلا تصح فيه التورىة ولا ينفع فيه الاستثناء، واليمين على أربعة
أصناف:

- الأول: يمين المنكر على نفي الدعوى فإن حلف بريء اتفاقاً.
- الثاني: يمين المدعى على صحة دعواه إذا انقلبت اليمين إليه.
- الثالث: يمين المدعى مع شاهده فيحلف أنه شهد له بالحق.
- الرابع: يمين القضاء بعد ثبوت الحق على الغائب^(٢).

والغالب أن مكان الحلف كان في المسجد قائماً مستقبلاً القبلة^(٣). على أنه لا يوجد ما
يمنع أن يكون الحلف في مكان انعقاد جلسات التحكيم فلعل الحلف في المسجد كان
راجعاً إلى كون المسجد كان يُعد مكاناً لنظر المنازعات في صدر الإسلام.

□ حجة المدعى مقدمة على حجة المدعى عليه:

وعلى ذلك إذا عجز المدعى عن إقامة البينة، وطلب يمين خصميه استحلبه القاضي
فإن حلف بريء وانتهت الدعوى.

ودليل هذا قوله عليه السلام للداعي: «ألكَ بَيْنَهُ؟ قال: لا، قال: فلَكَ يَمِينُهُ» فقد سأله النبي
عليه السلام المدعى عن البينة أولاً، ورتب استحقاق اليمين على فقدها فقرر أن حجة المدعى
قبل حجة المدعى عليه.

□ بم تكون اليمين؟

إذا توجّهت اليمين على أحد المتخاصلين حلفه المحكم بالله عليه السلام، ولا يجوز أن يحلفه

(١) سنن أبي داود ج ٣ ص ٣١١ رقم ٣٦٢٠.

(٢) ابن جزي (محمد بن أحمد بن جزى ت ٧٤١هـ) قوانين الأحكام الشرعية ١٩٨٥، ص ٣١٦.

(٣) ابن جزي، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣١٦.

بغير ذلك، سواء كان الحالف مسلماً أم غير مسلم.

روى البخاري ومسلم وغيرهما: عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمّت»^(١).

وللقاضي أن يغلظ اليمين بذكر أوصاف الله ﷺ التي تجعل اليمين أعظم في نفس الحالف، وتكتفه عن الحلف وإن كان يعلم من نفسه الكذب^(٢).

وإن نكل المدعى عليه عن اليمين حكم عليه بالحق المدعى به إلا إذا كان قصاصاً بالنفس، ومع هذا فإن الحق لا يسقط ولا تبرأ ذمة المدعى عليه على ما يرى البعض^(٣).

ويحلف اليهود والنصارى حيث يعظمون من كنائسهم: روى عن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: «أنشدكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى»^(٤). وعن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: «أذكركم بالله الذي نجاكم من آل فرعون وأقطعكم البحر وظللَ عليكم الغمام وأنزل عليكم الماء والسلوى وأنزل عليكم التوراة على موسى»^(٥).



(١) الوافي ج ٢٤٧.

(٢) متفق عليه - بلوغ المرام ص ٢٨٣ - حديث ١٣٨٦ كتاب الأيمان والندور.

(٣) الوافي ص ٢٤٧.

(٤) أبو داود سنن أبي داود ج ٣ ص ٣١٢ رقم ٣٦٢٤.

(٥) أبو داود سنن أبي داود ج ٣ ص ٣١٣ رقم ٣٦٢٦.

المبحث الرابع
النَّكُول

النَّكُول لغة: مصدر نَكَلَ كعقد ومعناه نَكَصَ عن شئ قاله أو شهادة أراد أداءها أو يمين وجبت عليه أو رجع عن عدو قاومه^(١).

وأصطلاحاً: الرجوع عن شهادة أراد أداءها أو يمين وجبت عليه^(٢).
والنَّكُول في معنى الإقرار، فهو حجة قاصرة أيضاً.

فهو يحصل من امتناع المدعى عليه عن اليمين وإضراره بقول المُحْكَم جعلتك ناكلاً أو قضيت عليك بالنَّكُول^(٣). وهو قول الحنفية^(٤)، وهو السائد في القوانين الوضعية.

ومن الفقهاء من يرى ألا يقضى بالنَّكُول، بل ترد اليمين على المدعى، فإن حلف قضى له وهو قول الشافعية والمالكية، ومنهم من يرى إجبار المدعى عليه على أداء اليمين إذا طلب منه ولا يقضى بنكوله ولا يرد اليمين على المدعى وهو قول الظاهرية^(٥). وللفقهاء مذاهب مختلفة من نكول المدعى عليه عن اليمين.

□ سبب الاختلاف^(٦):

إن النَّكُول عند أبي حنيفة بذلٌ من المدعى عليه للمدعى، والبَذْل لا يجري في هذه الأشياء، وأما عند الصاحبين فالنَّكُول إقرار، والإقرار يجري فيها إلا أنه إقرار فيه

(١) الزبيدي تاج العروس ج ٨ ص ١٤٥.

(٢) مفتاح (د/ محمود محمد) القضاء في الإسلام ص ٢٩٨.

(٣) أدب القضاء ابن أبي الدم ص ٢٢٠.

(٤) مذكور (د/ محمد سلام) القضاء في الإسلام ص ٨٩، مفتاح (د/ محمود محمد) ص ٣٠٠.

(٥) مذكور (د/ محمد سلام) القضاء في الإسلام ص ٨٩، مفتاح (د/ محمود محمد) ص ٢٩٩، د/ عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٨٣.

(٦) القضاء في الإسلام، د/ مذكور، المرجع السابق، ص ١٣٧.

شبهة، والحدود تُدرأ بالشبهات، واللعن في معنى الحدود.
وروى عن الإمام أحمد رحمة الله أكثر من رواية.

فعنه أنه يقضي بالنكول في المال وما يقصد به المال فقط، وعنده أنه يقضي بالنكول فيما دون النفس، ولا يقضي به في قصاصات النفس، وعنده يقضي بالنكول فيما دون النفس وفي النفس.

وذهب فريق من الفقهاء إلى أنه ليس للقاضي أن يقضي على المدعى عليه لنكوله بل ينبغي أن يرد اليمين إلى المدعى، فيقسم بالله على صحة وصدق دعواه فيما أدعاه، فإن أقسم حكم له القاضي على المدعى عليه وألزمته بالحكم.

وهو قول الإمام الشافعي ومالك وفقهاء الحجاز واستدلوا بما يلي:

١- احتج الإمام الشافعي رحمه الله بقول النبي ﷺ في حجۃ البینة على المدعی واليمین على المدعی عليه. جعل البینة حجۃ المدعی ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النکول ولو كان حجۃ المدعی لذکرہ.

٢- قالوا: إنما قلنا لا يقضي المحكم على المدعى عليه بالنکول لأن الحق يثبت
بالاقرار أو البينة، والنکول ليس باقرار ولا بينة^(٤).

٣- روى الدارقطني بإسناده عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحقة^(٢).

٤- ومن حجة الإمام مالك رحمة الله أن الحقوق عنده إنما ثبت بشيئين: إما بيمين وشاهد، وإما بنكول وشاهد، وإما بنكول ويمين، أصل ذلك شرط الاشتباه في

(١) القضاء في الإسلام، د/ مذكور، المترجم السابق ص ١٣٠، المجموع شرح المذهب.

(٢) المغني لابن قدامة ج ١ ص ٢٢١، بلوغ المرام ص ٣٢١.

الشهادة^(١).

□ الحقوق التي ترد اليمين فيها إلى المدعى:

إن الذين قالوا برد اليمين إلى المدعى اختلفوا في أي الحقوق ترد:

- فقال الإمام مالك: ترد اليمين في الأموال ولا ترد في النكاح ولا في الطلاق والعتق وغير الأموال عموماً.

- وقال الشافعى وأيد ثور وسائر أصحابه: ترد اليمين في كل شىء وفي القصاص فى النفس فما دونها وفي النكاح والطلاق والعتق.

- وذهب فريق من الفقهاء إلى: أن نكل المدعى عليه عن اليمين فإن المحكم لا يجوز له أن يحكم عليه بالنكول ولا يجوز له أن يرد اليمين إلى المدعى، بل يجب عليه أن يجبر المدعى عليه على اليمين بالضرب حتى يختلف أو يُقر، وإذا قاوم يستعمل معه العنف ولو أدى إلى قتله. قال بهذا الإمام أبو محمد بن حزم^(٢).

وإلى إجبار المدعى عليه على اليمين ذهب ابن أبي ليلى^(٣). وفي رواية في مذهب الإمام أحمد رحمه الله أنه يجب على القسم^(٤).

واستدل ابن حزم بما يلى:

- ١- كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري في رسالة ذكرها أبو عبيد (البيعة على من ادعى واليمين على من أنكر)، فلم يذكر نكولا ولا رد يمين.
- ٢- قال تعالى: ﴿وَلَا نَعَاوِبُوا عَلَى الْأَئْمَرِ وَالْمُدْوَنِ﴾ [المائدة: ٢].

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٦٣.

(٢) أنظر المحل ج ١٠ ص ٥٤٦.

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢١١.

(٤) القضاء في الإسلام، د/ مذكور، المرجع السابق ص ١٣٢ - الفروع ج ٦ ص ٤٧٨.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

فمن أطلق للمطلوب الامتناع فقد أعنده على الإثم والعدوان وعلى ترك ما افترض الله عليه وألزمه إياه وأخذه به.

٣- قال رسول الله ﷺ من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فقلبه وذلك أضعف الإيمان.

قال ابن حزم، بعد ذكر الحديث: فوجدنا المتنع بما أوجب الله ﷺ أخذه به من اليمين قد أتى منكراً يقين فوجب باليد بأمر رسول الله ﷺ والتغيير باليد هو الضرب فيمن لم يمتنع أو بالسلاح في المدافع بيده المتنع عن أخذه بالحق فوجب ضربه أبداً حتى يحيه الحق من إقراره أو يمتهن بقتله الحق، من تغيير ما أعلن به من المنكر.

قال ﷺ: (وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) [الطلاق: ١]، ومن أطاع الله فقد أحسن^(١).

وبعد أن تناولنا مذاهب الفقهاء السابقة في هذا الموضوع واستعرضنا أدلة كل منهم على ما استند إليه، فيتضح أن القول القائل: إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين فإنها ترد إلى المدعى فإن حَلَفَ حُكْمُه بِدُعْوَاه .. هو القول الأفضل بحججه وأسانيده .. وذلك لكونه قد تحرّى العدالة والكشف عنها بدقة عالية. لأنه إذا أقسم المدعى، فهنا لا يَدْعُ بِجَالَةِ اللَّهِ، ويؤكِّد دعواه وخاصة أن المدعى عليه سكت عن اليمين وحجة الإمام مالك حجة صائبة وغايتها الوصول إلى الحقيقة وإظهار العدالة.

المقارنة بين آراء الفقهاء حول حجج الإثبات عند الحكام

تبين آراء الفقهاء حول حجج الإثبات عند الحكام .. هذا وكانت طرق العلم

بوقائع الدعوى كثيرة ومتعددة:

(١) المحل ج ١٠ ص ٥٤٦، هامش القضاة في الإسلام، د/ مذكور، المرجع السابق ص ١٣٤، عزبة قطورة، المراجع السابق، ص ١٥٥.

□ مذهب الأحناف: نصّ الحنفية على أن شرط حكم المحكم أن يكون إما بينة أو إقراراً أو نكولاً لتوافق حكم الشّرع^(١).

□ مذهب العنابية^(٢) والشافعية^(٣): قد اشترطوا البينة فقط كحجّة للحكم. وقالوا: إذا تولى الحكم القضاء بعد سماع البينة حكم بها بعده من غير إعادتها. وعلى ذلك تكون البينة والإقرار قد أجمع العلماء على اعتبارها حجّة للقاضي والحاكم في الإثبات.

والأكّن يثار التساؤل: هل يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه؟

اختلف الفقهاء في مدى جواز حكم المحكم بعلمه وله في ذلك قولان: القول الأول: لا يجوز للحكم أن يحكم بعلمه وبهذا قال الحنفية^(٤). جاء في مجمع الأئمّة شرح ملتقى الأبحر «وحكمه لا يجوز بعلمه»^(٥)، وهو المعتمد من القولين عند الشافعية، وذلك لأنّه يطّبع رتبته عن القاضي^(٦)، جاء في شرح البيجيري على منهج الطّلاب «المعتمد لا يجوز للحكم ولا لقاضي الضرورة الحكم بعلمه»^(٧)، إذ ليس له حقّ الْحَبْسِ وَلَا التَّرْسِيمُ وَلَا الْحَكْمُ بِشَيْءٍ مِّنِ الْعَقَوِيَّاتِ كَالْقَصَاصِ وَحَدَّ الْقَدْفِ. وهذا القول هو ظاهر مذهب العنابية.. حيث لا يحكم المحكم بعلمه سواءً أكان

(١) أدب القاضي لابن مازه ج٤ ص٦٥، البحر الرائق ج٧ ص٢٦، تبيان الحقائق ج٤ ص١٩٣.

(٢) مطالب أولى النهي ج٦ ص٤٧٢ وفيه: لا يقبل قوله عليه إلا بينة.

(٣) تحفة المحتاج ج١٠ ص١٩، الرملي على أسمى المطالب ج٤ ص٢٨٨، عن شريح الروياني، نهاية المحتاج ج٨ ص٢٣١، الجمل ج٥ ص٣٤، عن الرملي بهامش قحطان الدوري، عقد التحكيم، المرجع السابق، ص٧٩.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق ج٧ ص٢٦.

(٥) شيخ زاده، مجمع الأئمّة ج٢ ص١٧٣.

(٦) الأنصاري أسمى المطالب ج٤ ص٢٨٨، قليوب وعميره ج٤ ص٢٩٨، د/ عبد الحكيم، المرجع السابق ص١٨٤.

(٧) البيجيري (سلیمان بن عمر بن محمد ت٢٢١هـ) حاشية البيجيري على منهج الطّلاب ج٤ ص٣٦٣.

قاضياً أم مُحْكماً في حدّ أم غيره. واستدلوا على ذلك بحديث أم سلمة^(١): «عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ .. سمع جَلْبَةَ خَصْمٍ بِيَابِ حُجْرَتِهِ، فخرج إليهم فقال ألا إنما أنا بَشَرٌ وإنما يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعةٌ من النار فليحملها أو يذرها».

وقال النووي في شرح مسلم إن قوله (عليه الصلاة والسلام): «ألا إنما أنا بَشَرٌ» معناها التنبيه على حالة البشرية، وإن البشر لا يعلمون من بواطن الأمور إلا أن يطلعهم الله ﷺ على شيء من ذلك، وأنه يجوز عليه في أمور الأحكام ما يجوز عليهم، وأنه إنما يحكم بين الناس بالظاهر والله يتولى السرائر، فيحكم بالبينة وباليمين ونحو ذلك من أحكام الظاهر مع إمكان كونه في الباطن خلاف ذلك ولكنه إنما كُلِّفَ الحكم بالظاهر.

أما القول الثاني: يجوز للحكم أن يَحْكُم بعلمه قال به بعض الشافعية^(٢).

وقد نصَّ على ذلك بعض الشافعية، وقالوا باعتباره كفافي الضرورة لكن ضعف قولهم^(٣). ويلاحظ أن هذا مبني على آراء الفقهاء في مسألة حكم القاضي بعلمه.

يتضح لنا مما تقدم أن الحكم في التحكيم ذو ولاية شرعية إسلامية، شأنه في ذلك

(١) أحكام الأحكام - باب القضاء حديث ٣ ص ١٦٥. أخرجه البخاري من غير موضع بالفاظ متناري، ومسلم وأبي داود والنسائي وابن ماجة والإمام أحمد بن حنبل: وقوله: «سمع جَلْبَةَ خَصْمٍ» بفتح الجيم واللام: وفي رواية لمسلم «جلبة خصم» بقديم اللام وهو لغتان صحيحتان منا هما اختلاط الأصوات. والخصم هنا الجماعة وهو من الألفاظ التي تقع على الواحد والجمع، عزة قطرة، المرجع السابق ص ١٥٧ هامش ٢.

(٢) البيجيري: حاشية البيجيري ج ٤ ص ٣٦٣، الشافعي الصغير، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٤٣، بن محمد المبشي، تحفة المحتاج ج ١٠ ص ١١٩.

(٣) وهو الأوجه عند ابن حجر - فتح المعين وإعانته الطالبين عليه ج ٤ ص ٢٢١، وجائز ولا وجه لمنعه في تحفة المحتاج.

شأن القاضي .. فيشترط أن يكون حكمه بحجة من حجج الإثبات المعتبرة التي ذكرناها آنفًا .. كالأقرار والبينة واليمين والنكول، وإن حكم بغير ذلك فحكمه باطل . ولكن هل للتحكيم في الشريعة الإسلامية مهلة تعاقدية أو قانونية تنتهي خلاها المهلة؟ لا يعطي الفقه أية إجابة على هذا التساؤل، ويمكن القول أنه يترك للفرقاء حرية تحديد مهلة مناسبة لإنجاز التحكيم فإن لم يتم خلاها يعود التحكيم خاصًا لأية مهلة إضافية^(١) .

وتشير المجلة العدلية إلى المهلة التعاقدية في (م ١٨٤٦) التي تنهي التحكيم ب نهايتها ولا يجوز للمحكم أن يصدر قراره بعد انقضائها وإن لا يكتسب صيغة تنفيذية.

وعليه فإن التحكيم ليس مرتبطاً إذا بمهلة قانونية ولكن يمكن الاتفاق على مهلة تعاقدية، يقتضي أن يصدر القرار التحكيمي خلاها، أو عند نهايتها، وإن لا اعتبر القرار غير قائم وقابلًا للإبطال. هذا على الأقل ما ذهب إليه المذهب الحنفي، الذي استخلصت منه المجلة هذه القاعدة، أما بقية المذاهب الفقهية فهي لم تتخذ أيًّا موقفاً بهذا الصدد^(٢) .

المحكم لا يتعدى حكمه إلى الغائب إذا كان المدعى عليه يصلح أن يكون سبباً لما يدعى به على الحاضر، كما لو ادعى شخص زواج امرأة غائبة أو ادعت طلاقها من زوجها الغائب فإن حكم المحكم لا يسرى عليها، ولا كذلك القاضي^(٣) .

وإذا وَكَلَ شخصاً ليبيع له سلعة فوجد المشتري بها عيباً، فاختار المشتري

(١) الأحدب، الجزء الأول ص ٨٣ وما يليها، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٦٥ وما يليها.

(٢) الأحدب، الجزء الأول ص ٨٣ وما يليها.

(٣) شوكت عليان المرجع السابق ص ٤٧٢، والمراجع المشار إليها في هامش ١ ص ٤٧١، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق ص ٦٦.

والوکيل رجلاً ليحكم بینهما، فحكم بثبوت العیب على الوکيل، فرُدَّتْ على الوکيل، فهل الردُّ على الوکيل يستلزم الردَّ على الموكِل أو لا؟

إن كان الحكم صدر من محکم فليس له الرد على الموكِل لأنَّه لم يختار من الموكِل بل من الوکيل، كما أنَّ الموكِل اختار الأخير لبيع السلعة فقط وليس للتحكيم، فلذا لم يرد عليه بالسلعة، وهذا بخلاف القاضي، لأنَّ حكم القاضي غير مشروط برضَا أحد^(١).

وإذا سافر رجل وله صغار أو مات وقد أوصى عليهم شخصاً بتولِّ شؤونهم فوقع نزاع بين الوصي وغیره، فادعى الغير بأنَّ الوصي قد وَهَبَ أو أعار أو تصرف أو وقف ما له شيئاً وخالف الوصي في ذلك واختار شخصاً على أن يكون حكماً بینهما فلا يجوز للمحکم أن يحكم بتنفيذها، ذلك لأنَّ في هذا ضرر على الصغار، بخلاف القاضي فإنَّ له أن يحكم^(٢).

وإذا مات شخصٌ وترك ورثة، فاختير أحد الناس للحكم، فحكم بثبوت ميراث شخص من مورثة، فإنَّ حكمه لا يتعدي لما تولَّ له من الورثة الآخرين، وذلك بخلاف القاضي^(٣).

إنَّ حكم المحکم برفع الخلاف كحكم القاضي فلا يجوز تَقْضِيهُ، بخلاف القاضي، وهذا عند المالکية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فقالوا إنَّ حكم المحکم لا يرفع الخلاف، ومن ثم يجوز تَقْضِيهُ^(٤).

مِنْهُمْ مَنْ يَعْلَمُ

(١) شوكت عليان المرجع السابق ص ٤٧٣، والمراجع المشار إليها في هامش ١ ص ٤٧١.

(٢) المرجع السابق، ذات الموضع.

(٣) المرجع السابق، ذات الموضع.

(٤) المرجع السابق، ص ٤٧٢، والمراجع المشار إليها في هامش ١ ص ٤٧١.

الفصل الرابع

﴿ شروط التحكيم ﴾

سبق أن عرَّفنا التحكيم بأنه: اتفاق بين طرفين على تولية طرف ثالث ليفصل في خصومتها بحكم الشرع، والذي يظهر في التعريف أن أطراف التحكيم أربعة:

* مُحْكِم (أو مُحْكَمَين).

* وَمُحْكَم (المُحْكَم إِلَيْهِ).

* وَمُحْكُوم فِيهِ.

* وَمُحْكَمٌ.

- فالمُحْكِم: هو كل من الطرفين المُخَاصِّمِين.

- وَالْحَكَمُ أو الْمُحَكَّمُ: هو الشخص الذي اختاره الطرفان ليفصل في خصومتها.

- وَالْمُحْكُوم فِيهِ: هو الحق موضوع الخصومة.

- وَالْحُكْمُ: هو القرار الصادر من الحكم فاصلاً في موضوع النزاع.

وفي هذا الفصل سنوضح الشروط المتعلقة بالمحكم والمُحَكَّم والمُحْكُوم فيه.

وهل يصح أن يكون كل شخص حكماً، أم أن هناك صفات معينة يجب أن تتوافر فيه؟

وهل يصح منحه سلطة الفصل في الموضوع من كل شخص، أم أنه لا بدّ من أن

تتوافر فيه صفات معينة؟

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

﴿ المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالمحكم. ﴾

﴿ المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالمحكم إليه. ﴾

﴿ المبحث الثالث: الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم (مجال التحكيم). ﴾

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بالمحكم

□ المحكم

هو أحد أطراف عقد التحكيم، ويُعتبر رضاه هو المثبت لولاية الحكم لنظر النزاع، لذا يجب أن تكون عبارته معتبرة شرعاً، أي يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف، وعليه فإن الشروط المعتبرة في المحكم منها ما يجب توافرها لصحة تحكيمه وهي المتعلقة بالأهلية، ومنها ما يجب توافرها لصحة توجيه الحكم عليه باعتباره مدعياً أو مُدعى عليه ومحكوماً له أو عليه، وهذه محلها الحديث عن صحة حكم المحكم.

وعليه سنفرد هذا المبحث للحديث عن أهلية المحكم.

- أهلية المحكم

يشترط في المحكم البلوغ والعقل^(١)، وهذا شرط في صحة جميع التصرفات فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز، والجنون، لأنعدام أهلية التصرف عند كل منها بانعدام العقل، وإذا أثَرَمَ غير المميز أو الجنون عقد التحكيم فإن تصرفه يكون باطلًا ولا يُرتب أثراً^(٢)، وإذا حكم المحكم بناءً على تحكيمها لا يصح حكمه لعدم الولاية.

ويصح تحكيم الصبي المميز مأذون له كما يصح صاحبه، وخصوصيته وتصرفاته في حدود الإذن، إلا إذا كان تحكيمه يُضرُّ بغرماه، فلابد من رضاهم لنفوذ حكم المحكم في مواجهتهم^(٣). وإذا لم يكن الصبي المميز مأذوناً له، فصحة تحكيمه موقوف على إذن

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٤، حاشية أبو السعود ج ٣ ص ٣٩، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٨٣، ٨٤.

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى ص ٣٢٢.

(٣) يقول القدوري: «ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي، والمحدود في القذف والفاسق والصبي» مختصر القدوري مع الجوهرة النيرة ج ٢ ص ٢٤٥.

وليه. فإذا أجازه صح ونفذ حكم المحكم في حقه، هذا عند أبي حنيفة أما عند الشافعية فإن تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر باطلة، ولا يصححها لا الإذن اللاحق ولا السابق⁽¹⁴⁾.

ويصح تحكيم الولي والوصي عن الصغير، وإذا حَكَمَ المحْكَمَ بناءً على تَحْكِيمِ الْوَلِي
صَحَّ حَكْمُهُ إِذَا كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لِلصَّغِيرِ، وَيَكُونُ تَحْكِيمُهُ بِمَنْزِلَةِ صَلْحٍ الْوَصِيِّ، وَلَا يَنْعَلَمُ
لِلْحَكْمِ أَنْ يَحْكُمَ بِمَا فِيهِ ضَررٌ عَلَى الصَّغِيرِ^(٢).

ويصح تحكيم الوكيل إذا أذن له الموكل، لأن الوكالة ولالية قاصرة ومستفادة من الإذن وفي حدوده⁽³⁾.

فإذا أذن الموكيل للوكيل بإجراء التحكيم، صحيح ونَفَذَ حكم المحكم في مواجهة الموكيل، ولا تكفي الوكالة العامة لإجراء التحكيم بل لابد من النص على توكيل الموكيل بإجراء التحكيم.

ولا يُشترط في المحتكم الإسلام: أي أن يكون مسلماً، فمن الجائز أن يكون ذميًّا أو مُعاهدًا، أو مُسْتَأْمِنًا للمسلم، أو غير مسلم (٤):

ولا يشترط في المحتكم الحرية، فيجوز تحكيم المكاتب، والعبد المأذون، مثل ما يجوز تحكيم الحر^(٤).

(١) نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ص ٣٠٦، عبد الرزاق حسن فرج، رسالة دكتوراه ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

(٢) السجدة الائمة ح ٧ ص ٦٣

(٣) الأشاه والنظائر للسيوط، ص ١٥٥، د/ إسماعيل، الأسطول، المترجم السابق ص ٨٤.

(٤) ابن نجم، البحر الرائق جـ٧ صـ٢٥، العيني البناء على المداية جـ٧ صـ٦٧، د/ عبد الكريم، المراجع السابعة، صـ١٥٤.

(٥) الطحطاوي حاشية الطحطاوي ج٢ ص٢٠٧ ، الكمال بن ابيه فتح القدير ج٥ ص٤٩٩ ، ابن تجنيش ، البحر المأق吉 ج٧ ص٢٤.

أما إذا كان المحتكم مرتداً فتحكيمه عند أبي حنيفة مُوقُوف على إسلامه، فإن مات أو قتل على الرِّدَّةِ أو لِحَقِّ بَدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَ تَحْكِيمُه، وإن أسلم صَحَّ تَحْكِيمُه.^(١) وعند أبي يوسف وَمُحَمَّد يجوز تَحْكِيمُ الرَّتَّدِ بِكُلِّ حَالٍ^(٢)، ووافق أبو حنيفة، الخنابلة في إحدى الروايتين^(٣)، وَقَوْلُ عَنْدِ الشَّافِعِيَّةِ^(٤)، وَعَلَى الْأَصَحِّ عَنْدِ الْمَالِكِيَّةِ^(٥). إلا أنه عند أبي يوسف يجوز تَحْكِيمُه وَجَمِيعِ عَقُودِه، كما يجوز مع الصحيح المباح دمه، وعند محمد يَصُحُّ تَصْرُفُه كَمَا يَصُحُّ تَصْرُفُ الْمَرِيضِ الَّذِي يَخَافُ عَلَيْهِ^(٦).



(١) الفتوى المدنية ج ٣ ص ٣٩٨، ابن تججيم، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٤، الكمال بن الهمام فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٢.

(٢) الفتوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٨، ابن تججيم، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٤، الكمال بن الهمام فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٢.

(٣) المحرر في الفقه ج ٢ ص ١٦٨، القواعد لابن رجب ص ٤٠٨.

(٤) الوجه للغزال ج ٢ ص ١٦٧، الأشاه للسيوطى، ص ٥٢٦.

(٥) تنصّة الحكام لاين: مأمون ج ٢ ص ١٩٣.

(٦) روضة القضاة للسمتاني ج ٢ ص ١٢٢٧، ١٢٢٨، تحفة الفقهاء للسمّر قندي ج ٣ ص ٣١٠، البحرين. الرايق ج ٧ ص ٢٤.

المبحث الثاني

الشروط المعتبرة في المحكّم

(المحكّم إليه)

إذا كان المحكّم من قال عنهم رب العزة في محكم آياته:

﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَئِكَ أَمْرٌ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنْزَعُمُ فِي شَيْءٍ فَرْدُوْهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحَسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [النساء: ٥٩].

وقال ﷺ [مَنْ أَطَاعَنِي فَقَدْ أطَاعَ اللَّهَ، وَمَنْ عَصَانِي فَقَدْ عَصَى اللَّهَ، وَمَنْ أَطَاعَ أَمِيرِي فَقَدْ أطَاعَنِي، وَمَنْ عَصَى أَمِيرِي فَقَدْ عَصَانِي].^(١)

فمن عصى إماماً أو قاضياً أو حكماً (وهو ما نبحث عن شروطه في هذا المبحث) من الحكام فيها أمر به من الحق أو حكم فيه بوجه العدل، فقد عصى الله ورسوله، وتعدى حدوده، وأما إن قضى بغير العدل أو أمر بغير الحق، فطاعته غير لازمة، لقول رسول الله ﷺ [لَا طَاعَةَ لِخُلُوقٍ فِي مَغْصِبَةِ الْخَالِقِ].^(٢) إلا أن يخشى أن تؤدي مخالفته إلى هرج أو فساد فتوجب عليه الطاعة على كل حال.^(٣)

□ شروط صلاحية المحكّم

الحكم بين الناس بالعدل من أفضل أعمال البر وأعلى درجات الأجر، وذلك لقوله تبارك وتعالى: ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِيبِ أَكَلَّوْنَ لِلسُّكْتِ فَإِنْ جَاءَكُوكَ فَاتَّحِكُمْ بَيْنَهُمْ﴾

(١) أخرجه أحمد والبخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث أبي هريرة: أنظر فتح الكبير ج ٣ ص ١٦٣.

(٢) أخرجه أحمد والحاكم في المستدرك من حديث عمران بن حصين والحكم بن عمر الغفارى، الجامع الصغير بشرح فيض القدير ج ٦ ص ٤٣٢.

(٣) المقدّمات المهدّات لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى عام ٥٢٠ هـ الجزء الثاني، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، مطبعة دار العرب الإسلامي - بيروت - لبنان.

أو أغرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً وإن حكمت فاتحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقيطين ^{٤٢} [المائدة: ٤٢].

وقال رسول الله ﷺ: «ال QS المقيطون على متأخر من نور يوم القيمة على يمين الرحمن وكلنا يدينه يمين» ^(١)، وقال ﷺ: «سبعة يظلمون الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله» ^(٢) فبدأ بالإمام العادل، وظل الله في هذا الحديث رحمته وجنته.

قال الله تعالى: «إن المتقين في ظليل وغيون» ^{٤١} [المرسلات: ٤١] وقال ﷺ: «مثل الجنة التي وعد المتقون بهم من تجنبها الآثمة أكلها دائمة وظلها تلك عقبى الذين آتقوه وعقبى الكفرين أثمار» ^{٤٥} [الرعد: ٣٥]، ومن كان في ظل الله ورحمته يوم القيمة فهو آمن من هول الموقف وشدةاته، سالم مما يلحق الناس فيه من الشدة والضيق، وهذه نهاية في الأجر والثواب ^(٣).

هذه هي مما يلحق الإمام العادل، الذي يحكم بالعدل من ثواب أخروي خصه الله به وكذلك رسول الله ﷺ لماه من مكانة عند رب العزة فالحكم بين الناس بالعدل ينسحب أيضاً على المحكم (المحكم إليه) وليس الإمام العادل فقط .. إذن هي صفة من الصفات التي صبغها رب العزة على الإمام العادل، أو الحكم العدل بين الناس، وذلك الثواب والأجر الذي سيناله في آخره .. فيما أعظم هذه الظلال .. وهل من بعد ظل، الله ^{عز وجل} يوم لا ظل إلا ظله ظل آخر، حاش الله.

ويشترط في المحكم على ما ذهب إليه أكثر الفقهاء ما يشترط في القاضي المولى من

(١) رواه أحمد ومسلم والنسائي من حديث عمرو بن العاص، أنظر الترغيب والترهيب جـ ٣ ص ١٦٧، المقدمة المهدات، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٢) حديث متفق عليه.

(٣) المقدمة المهدات، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

البلوغ والعقل والإسلام والذكورة والعدالة والحرية وسلامة الحواس.

وإذا تناولنا شروط صلاحية ولاية وصحة التحكيم في المحكم^(١) في الفقه الإسلامي إجمالاً فسنجدُها على النحو التالي:

١- أن يكون المحكم معلوماً:

فلو حَكَمَ الخصمان أول من يدخل المسجد مثلاً لم يجُزْ بالإجماع، لما فيه من الجهالة^(٢) إلا إذا رَضُوا به بعد العلم، فيكون حينئذ تحكيمياً معلوماً.

٢- أن يكون المحكم من يصلح للقضاء بكونه أهلاً للشهادة:

فلو حَكَمَ الخصمان عبداً أو صبياً أو ذمياً أو محدوداً في قذف لم يصح، وتشترط الأهلية من وقت التحكيم إلى وقت الحكم^(٣). وعلى ذلك أكثر فقهاء المذاهب الأربعة، على خلاف فيما بينها في تحديد عناصر تلك الأهلية^(٤).

وفي قول للشافعية: أن هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه عندما لا يوجد الأهل لذلك

(١) هي شروط يلزم توافرها في المحكم من وقت التحكيم إلى صدور الحكم، شوكت محمد عليان، السلطة القضائية في الإسلام، ١٣٩٢-١٣٩٣ هـ رسالة دكتوراه ص ٤٦٣، د/ سيد أحمد محمود، المراجع السابق، ص ٣٢.

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٦٩، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٦، الموسوعة الفقهية، ص ٢٣٧.

(٣) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٧.

(٤) مجمع الأئم ملتقى الأبحر عبد الرحمن بن شيخ محمد بن سليمان المدعو شيخ زادة ت ١٠٧٨ هـ طبعة الحاج محمر أفتدى ١٢٨٩ هـ ج ٢ ص ١٧٣، الفتاوى الهندية، تأليف جماعة من علماء الهند في القرن الحادى عشر للهجرة برئاسة الشيخ نظام، وذلك بأمر السلطان أبي المظفر محى الدين محمد أرنك زيب بهادر عالم كبير، الطبعة الثانية، بالطبعية الأميرية الكبرى بمصر ١٣١٠ هـ الناشر دار الطباعة والنشر بيروت، ج ٢ ص ٣٩٧، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٦، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٤، فتح القدير ج ٥ ص ٤٤٩، وحاشية بن عابدين ج ٥ ص ٤٢٨، مشار إليه في أحمر رسان، المراجع السابق ص ٢١٨، هامش ٢، د/ إسماعيل الأسطل، المراجع السابق ص ٩٧، مشار إليه في سيد أحمد محمود، المراجع السابق ص ٣٢-٣٣.

(٥) بدائع الصناع ج ٧ ص ٣، تبصرة الحكم ١/٤٣، مغني المحتاج ٤/٣٧٨، البحر الرائق ٧/٢٤، الكافي ٣/٤٣٦، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٧.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

ومنهم من قال عدم اشتراطه مطلقاً، ومنهم من قيد جواز التحكيم بعدم وجود قاضٍ أو قيل: يتقييد بالمال دون القصاص والنكاح، أي إثبات عقد النكاح^(١). وفي قول للحنابلة: «إن المحكم لا تشرط فيه كل صفات القاضي».

ومن هنا يتضح أن التحكيم نوع من القضاء، وأن المحكم من الحكماء أو القضاة، وأن حُكْمَ المحكم كحكم القاضي، إذ إن أكثر فقهاء الإسلام اشترطوا أهلية القضاء في المحكم وقت التحكيم، فلم يجيزوا تحكيم الصبي حَالَ صِبَاهُ، ولو حكم بعد بلوغه، وإذا كان التحكيم في الفقه الإسلامي نوع من القضاء، وأن المحكم كالقاضي، فإن المحكم في الفقه الإسلامي لا يكون بالضرورة وَكِيلًا من الخصوم، إذ إن القاضي لا يكون وكيلاً عن الخصوم، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المحكم لا يمكن اعتباره خبيراً في الدعوى، إذ إن المحكم يحكم في النزاع وفقاً لما يُعْرِضُ عليه من ظروف التزاع وواقعه، وله أن يستعين بالخبراء ليقدموا له الرأي فيما أُشْكِلَ عليه، ويكون له الأخذ بهذا الرأي أو طرْحَه جانبًا.

٣- أن يكون حِرَاماً باللغة عاقلاً مقبولاً الفتوى عالماً بالشريعة:

أى أن يكون على صفة يجوز بها للإمام أن يولّيه القضاء مطلقاً^(٢)، كما أن البلوغ والعقل يتعلّق بها التكليف، ويعتبران من شروط صلاحية المحكم، فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز ولا المجنون لعدم التمييز، لأنّه لا ولادة لأحدهما على نفسه، فأولى به أن لا تكون له على غيره^(٣).

(١) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٧.

(٢) آداب القضاء للقاضي شهاب الدين ابن إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي ت ٦٤٣ هـ تحقيق الدكتور حمبي هلال السرحان، الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م، مطبعة الإرشاد نشر وزارة الأوقاف العراقية، ص ١٧٨.

(٣) لا يكفي بالعقل المُشْرَطُ في التكليف، بل لا بد من أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصّل بذلك إلى حل ما أشكّل عليه وفصل ما أعضّل، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٦١٩، تبصرة الحكماب ابن فردون، ج ١ ص ١٨، إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٨٨.

ويشترط في المحكم (البلوغ والعقل)^(١) شأنه في ذلك شأن القاضي المولى إذ باجتماع البلوغ والعقل يتعلق التكليف.

وهذا الشرط محل اتفاق الفقهاء^(٢)، وعليه لا يصح أن يكون حكماً، الصبي غير المميز، ولا المجنون لأنعدام التمييز لديهما، ولأن هؤلاء رفع عنهم التكليف^(٣). فلا ولية لأحدهما على نفسه فأولى به أن لا يكون له ولية على غيره، فإذا حكم الخصمان صبياً أو مختل العقل لا يصح تحكيمه، وإذا حكم لا ينفذ حكمه^(٤).

وأجاز اصيغ من المالكية تحكيم الصبي، أى جعله حكماً إذا ما عقل وعرف، فرب غلام لم يبلغ يكون له علم بالسنة والقضاء، ولعل أساس هذا القول راجع إلى أن التحكيم عنده من باب الوكالة لا الولاية^(٥).

٤- لا يكون المحكم خصماً:

جاء في الشرح الكبير للدردير: «وجاز للمتذاعين تحكيم رجل غير خصم من غير تولية قاضي له تحكيمه في النازلة بينهما، لا يتحكم خصم من الخصمين فلا يجوز ولا ينفذ حكمه^(٦).

(١) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٨٧، حيدر (عل) دور الحكم شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، طبعة أولى ١٩٩١، مجلد ٤ ص ٦٤٠.

(٢) د/ قحطان الدوري، المرجع السابق، ص ١٨٤، د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٣) روى البخاري في صحيحه عن علي رضي الله عنه أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه «أما علمت أن القلم رفع عن ثلث، عن المجنون حتى يفتق، وعن الصبي حتى يدرك، وعن النائم حتى يستيقظ» كتاب الحدود باب ٢٢ ح ١٢٠ ص ١٢٠، د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٤) د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٥) الباجي (أبو الوليد سليمان بن خلف بن أيوب ت ٤٩٤هـ) المتنى شرح موطأ مالك ج ٥ ص ٢٢٨.

(٦) فإن كان المحكم خصماً، وحكم بالجور لم يلزمه حكمه ونقض فإن حكم بحكم الله تعالى، نفأ حكمه، شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام ١٣٩٢-١٣٩٣هـ ص ٤٦٣.

٥- أن يكون المحكم مسلماً:

يجب أن يكون المحكم مسلماً حتى يتولى التحكيم ويصبح حكمه نافذاً.

فلا يجوز تحكيم الكافر ليتولى الفصل في الخصومات بين المسلمين، كما لا يجوز توليهه القضاء ليحكم بين المسلمين، لأن الكافر لا تصح شهادته على المسلم، «ومن لا تجوز شهادته لا تجوز ولايته».

وعلى ذلك فإن حكم غير مسلم في نزاع بين المسلمين فيكون حكمه باطلًا، لأن الإسلام شرط للصلاحية ولصحة الولاية في القضاء، وفي التحكيم ولصحة الحكم بين المسلمين، وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء^(١) - كما أن غير المسلم لا يجوز شهادته على المسلم - بعكس جواز شهادته على غير المسلم وأهلية التحكيم بين غير المسلمين^(٢).

وخير دليل على ما قلناه من أن: «من لا تجوز شهادته لا تجوز ولايته» هو قول المولى عَزَّلَ في محكم آياته: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِكُفَّارِنَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] وإذا كان أحد طرفي الخصومة مسلماً، فالجمهور على أنه لا يصح تحكيم غير المسلم للحكم بينهما.

وعند الحنفية، يجوز تحكيم الكافر في حق الكافر، لأنه من أهل الشهادة في حقه، وسواء اختلفت ملتهم أم اختلفت لأن الكفر ملة واحدة^(٣)، ومرجع ذلك عند الحنفية أن كل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكماً فيه ومن لا فلا. فتحكيم الذمي ليحكم

(١) تبصرة الحكم لابن فرحون، ج ١، ص ١٨، بداع الصنائع ج ٢، ص ٣، شرح الدرجـ٢، ص ١٥٠، أدب القاضي للماوردي ج ٢، ص ٣٨١، د/ الأسطل ص ٨٨، وما يليها هامش ٢١، د/ سيد محمود، نظام التحكيم، ص ٣٦، هامش ٤.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٧.

(٣) روضة القضاة للسمتاني ج ١، ص ٢٠٢، تبيان الحقائق للزيلعي ج ٤، ص ١٩٣، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٨٩.

بين أهل الذمة دون المسلمين جائز، ويكون تراضيهم عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمي ليحكم بين المسلمين فهو باطل، وإذا قُلد الذمي ليحكم بين أهل الذمة ثم أسلم قبل الحكم ثم قضى بين المسلمين صح حكمه دون حاجة إلى تولية جديدة^(١).

فالحنفية هنا فرقوا بين التقليد والقضاء بالفعل، وقالوا بأهلية غير المسلم لتولى القضاء، ولكنه لا يصح قضاوه بين المسلمين. فإذا تولى ذمي^٢ القضاء ثم أسلم فحكم بين المسلمين صح حكمه دون الحاجة إلى تولية جديدة. وكذلك التحكيم، فإذا حكم ذمياناً ذمياً ثم أسلم الحكم كان على حكومته دون حاجة إلى تحكيم جديد، إلا أن يخرجاه أو أحدهما عن الحكومة قبل الحكم، أما إذا أسلم الخصمان فرج عن حكومته، وإذا حكم بعد إسلامهما بطل حكمه وإن أجازاه لعدم الولاية^(٣).

أما إذا أسلم أحد الخصمين خرج عن الحكومة في الحكم على المسلم للذمي، أما إذا حكم للمسلم على الذمي صح حكمه، على ما جاء في الفتاوى الهندية عن صاحب المسوط: «مسلم وذمي حكماً ذميَاً، جاز حكمه على الذمي دون المسلم وكذلك مسلم وذمي حكماً مسلماً وذميَاً فإن حكم للمسلم على الذمي جاز وإن حكم للذمي على المسلم فلا يجوز»^(٤).

وموقف الحنفية من هذا الأمر مُتَّقد عقلاً - من جانب البعض^(٥) - حيث إن الشهادة أدنى مرتبة من ولاية الحكم، فمن جاز شهادته في أمر يعتبر قد جاز في الأدنى ولا يصلح

(١) معين الحكم للطرايبلسي ص ٢٥، أدب القاضي للخصف شرح المتصاص ص ٥٨٦.

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٨، د/ سيد محمود، المراجع السابق ص ٣٧، د/ الأسطل، المراجع السابق ص ٨٩.

(٣) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٧.

(٤) د/ إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية - المراجع السابق ص ٩٠، د/ سيد محمود، المراجع السابق ص ٣٨.

للأعلى، ولكن العكس صحيح، وبالتالي «فمن جاز ولاته في الحكم جاز شهادته من باب أولى»، وبالتالي جاز ولاته في التحكيم، ولكن من يجوز شهادته في أمر ما لا يجوز تحكيمه فيه، لأن التحكيم نوع من الولاية في الحكم وهي الأعلى «فمن يملك الأدنى لا يملك الأعلى، ولكن من يملك الأعلى يملك الأدنى» هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى القول بأن حُكْمَ الْذَمْيِ على الذمِي صحيح وحكمه على المسلم غير صحيح إذا كان التحكيم للذمِي من المسلم والذمِي، فمن غير المنطقي اعتبار الحكم صحيحاً بالنسبة لأحد الخصوم دون الآخر، أي إن الحكم صحيح وغير صحيح في واقعة واحدة وبين الخصوم ذاتهم، فالحكم إماً أن يكون صحيحاً أو غير صحيح، أما أن يكون صحيحاً أو غير صحيح في واقعة واحدة وهو التناقض بعينه، وأضرب مثلاً يوضح فساد هذا الرأي، فإذا اختصم مسلم وذمِي إلى ذمِي في عيب بالميوع، فحكم برد المبيع إلى البائع، وبرد الثمن للمشتري، فإذا كان البائع هو المسلم كان معنى ذلك أن الذمِي يلزم رُدُّ الثمن إلى البائع المسلم للزوم الحكم له، ولا يلتزم المسلم برد الثمن إلى الذمِي لعدم لزوم الحكم له، والعكس إذا كان المسلم هو المشتري، وقضى الحكم بما سبق فيلزم الذمِي رد المبيع إلى المسلم، ولا يلتزم المسلم برد الثمن، وفي هذا يجمع المسلم في كلتا الحالتين بين المبيع والثمن، وهذا يؤدى إلى مزيد من الخصومات والمنازعات، كما أنه يؤدى إلى انتشار المفاسد في المجتمع وعدم استقرار التعامل فيه، وهذا يخالف الحكمة التي من أجلها شرع القضاء والتحكيم»^(١).

أما حكم المرتد بتحكيمه عند أبي حنيفة رض موقوف، فإن عاد إلى الإسلام صَحَّ، وإلا بَطَلُ، وعند أبي يوسف ومحمد جائز في كل حال. وعلى ذلك فلو حَكَمَ مسلم ومرتد

(١) د/ إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية - المراجع السابق ص ٩٠، د/ سيد محمود، المراجع السابق ص ٣٨.

رجالاً، فـَحْكَمَ بينها، ثم قُتِلَ المرتد، أو لَحَقَ بدار الحرب لم يَجُزْ حكمه عليهما^(١).

وعلى ذلك لو أنَّ الخصمين حَكَمَا صبياً فبلغ، أو غير مسلم فأسلم، ثم حكم، لم يَنْفُذْ حُكْمُهُ، ولو حَكَمَا مسلماً، ثم ارتدَ لم يَنْفُذْ حكمه أيضاً وكان في ردهه عَزْلٌ، فإذا عاد إلى الإسلام فلا بدًّ من تحكيم جديد.

ولو عَمِيَ الْمَحْكُمُ، ثم ذَهَبَ العَمَى، وحكم لم يَجُزْ حكمه، أما إن سافر أو مرض أو أُغْمِيَ عليه، ثم قَدِيمٌ من سفره أو بَرَىءَ وحكم جاز لأنَّ ذلك لا يُقدح بأهلية القضاء^(٢). ولو أَنَّ حَكَمَا غيرَ مسلم، حكمه غيرُ المسلمين، ثم أسلم قبل الحكم، فهو على حِكْمَتِه، لأنَّ تحكيم غير المسلمين للمسلم جائز ونافذ.

ولو أنَّ أحدَ الخصمين وَكَلَ الحكم بالخصومة فقبل، خرج عن الحكومة على قول أبي يوسف، ولم يخرج عنها على قول الإمام محمد، وقد قال بعض العلماء: أنه يخرج عنها في قول الكل^(٣).

٦- أنْ يُخْتَارُ الْمَحْكُمُ بِرَضَاءِ الْخُصُمَيْنِ:

إذا تحاكم رجلان إلى رجل حَكَمَا بينها ورضياه، وكان من يصْحُّ للقضاء، فحكم بينها جاز ذلك ونَفَذَ ذلك ونَفَذَ حكمه عليهما^(٤).

٧- سلامَةُ حَوَاسِ الْمَحْكُمِ:

الْمَحْكُمُ هنا شأنه شأن القاضي المولى من قبل الإمام. فيشترط فيه أن يكون ناطقاً،

(١) البحر الرائق ٧/٢٤، الفتاوي الهندية ٣/٢٦٨-٢٦٩، حاشية ابن عابدين ٥/٤٣٨، وفتح القدير ٥/٢٣٨، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٨.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٨.

(٣) البحر الرائق ٧/٢٤-٢٥، وابن عابدين ٥/٤٣١، وفتح القدير ٥/٩٩، والفتاوي الهندية ٣/٣٦٨ وما يليها، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٨.

(٤) المغني لابن محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ت ٦٢٠ هـ، مكتبة الرياض الحديثة، طبعة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ج ٩ ص ١٠٧.

سميعاً، بصيراً .. فاما من حيث النطق، فذلك حتى يتَسَنَّى له النطق بالحكم، والسمع حتى يمكنه من سماع حُجَّاجِ الخصوم وشهادة الشهود، وأما البَصَر، فحتى يمكنه من تمييز الطالب من المطلوب، والمُدَعِّي من المُدَعَى عليه، قال بهذا الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) والحنفية^(٣) (باستثناء قول عندهم بجواز القضاء للأطروش).

أما المالكية فلم يشترطوا في الحكم النطق والسمع والبصر^(٤)، في حين أتّهم اعتبروها شرطاً في استمرار ولاية القاضي لا في صحتها^(٥).

٨- أن لا يكون بين المحكم وأحد الخصمين قرابة تمنع من الشهادة:

إذا اشتَرَى المُحَكَّم الشيء الذي اختصاً إليه فيه، أو اشتراه ابنه أو أحد من لا يجوز شهادته له، فقد خرج من الحكومة.

وإن حَكَمَ الخصمُ خَصْمَهُ، فحكم لنفسه أو عليها جاز تحكيمه ابتداء، ومضي حكمه إن لم يكن جَوْرًا بَيْنَما، وهو مذهب الحنفية والحنابلة^(٦)، أما المالكية فلهم في ذلك ثلاثة أقوال:

- القول الأول: أنه يجوز مطلقاً، سواءً كان المحكم قاضياً أم غيره.

- القول الثاني: أنه لا يجوز مطلقاً للتهمة.

(١) الخطيب مغني المحتاج ج٤، ص ٣٧٨، الشافعى الصغير نهاية المحتاج ج٨ ص ٢٤٢.

(٢) ابن قدامة الكافي في فقه الإمام احمد ج٤ ص ٤٣٦، المرداوى، الأنصاف ج ١١ ص ١٩٧، د/ عبد الكريم نصیر، التحكيم عند العرب، دراسة تاريخية مقارنة ص ١٤٤.

(٣) الكاساني، بداع الصنائع ج ٧ ص ٣، الفتوى الهندية ج ٢ ص ٣٩٨، الخصاف شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٦.

(٤) الخرشي شرح الخرشي ج ٧ ص ١٤٧، الباجي، المتقى ج ٥ ص ٢٢٨، الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٦ - ١٣٧.

(٥) الخرشي شرح الخرشي ج ٧ ص ١٤٠.

(٦) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٨.

- القول الثالث: التفرقة بين أن يكون المحكم قاضياً أو غيره، فإن كان الخصم المحكم قاضياً لم يجز، وإن لم يكن قاضياً جاز، والقول الأول هو المعتمد وبهأخذ الحنابلة^(١).

٩- أن لا يكون المحكم امرأة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء أو التحكيم حتى في الأحوال التي يجوز لها فيها الشهادة وإلا كان حكماً باطلأ^(٢).

وذلك استناداً لقوله ﷺ: **﴿الرِّجَالُ قَوَّمُونَ عَلَى النِّسَاءِ يَمَّا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾** [النساء: ٣٤] ول الحديث رسول الله ﷺ: **﴾[لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْا أَمْرَهُمْ أُمْرَأَةٌ﴾**^(٣).

كما لم يثبت منذ عهد الرسول ﷺ وصحابته والتابعين أن تَوَلَّ المرأة القضاء أو التحكيم - مما يفيد معنى الإجماع - كما أن تحكيمها يُفْسِدُ إلى ارتكاب محظوظ لما فيه من الاختلاط مع الرجال والخلوة ببعض الخصوم أو الشهود^(٤).

كما أن الله ﷺ لم يجز شهادتها في المعاملات المالية ولو معها ألف امرأة فقال جل شأنه: **﴿يَكَبِّهَا الَّذِينَ مَأْمُوا إِذَا تَدَائِنُتُمْ بِذِنْبِ إِلَهٍ أَجْلَى مُسَكِّنَ فَأَكْتَبُهُ وَلَيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ حَكَابٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلِمَ اللَّهُ فَلَيَكْتُبْ وَلَيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ﴾**

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٢، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٨، الفتاوى المندبة ج ٤ ص ٣٧٩، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩، وطالب أولى النهي ج ٦ ص ٤٧٢، وكشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٣، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٩.

(٢) أدب القاضي للماوردي، ج ١ ص ٦٢٥ - ٦٢٨، أدب القضاء لابن أبي الدلم ج ١ ص ٤٣١. المتنقى شرح موطأ مالك، للقاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن أبي بوب بن وارث الباقي الأندلسي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، ت ٤٧٦ هـ طبعة مصطفى الحلبي ١٣٤٣ هـ ج ٢ ص ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩١، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٣) آخر جه البخاري في كتاب الفتنة - مطبوع مع عمدة القارئ ج ٤ ص ٢٤، وسبق تخربيه.

(٤) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩١.

الْعَدْلُ وَلَيَسْتَقِنَّ اللَّهُ رَبُّهُ، وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا إِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِعُ أَنْ يُمْلَأَ هُوَ فَلَيُمْلَأْ وَلَيُئْتَهُ بِالْمَعْذِلَةِ وَأَسْتَشِهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ إِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَ كَانَ مِنْ تَرْضُونَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَعْلِمَ إِحْدَاهُمَا فَتَذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ^١ [البقرة: ٢٨٢]، فَإِذَا كَانَتْ لَا تَصْحُ شَهَادَتُهَا مُنْفَرِدةً بِهَذِهِ الْأُمُورِ فَلَا تَصْحُ تَوْلِيَتُهَا الْحُكْمُ فِيهَا ^٢.

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه الإسلامي - كابن جرير الطبرى وابن حزم - إلى جواز تولي المرأة القضاء - بجواز فتياتها - أو التحكيم مطلقاً مثل الرجل حيث إن عمر بن الخطاب ^{رض} قد ولى الشفاء ولایة الحسبة على السوق، كما أن أنوثة المرأة لا تمنع من فهمها موضوع النزاع حجم الخصوم ومعرفة الحق وبالتالي يصح حكم المرأة وينفذ ^٣. كما ذهب بعض المالكية - على عكس مذهبهم في تولية القضاء - إلى جواز تحكيم المرأة لأن التحكيم من باب الوكالة لا الولاية، وبما أنه يجوز وكالة المرأة كالرجل، فيصح حكمها في التحكيم وينفذ ما لم يكن جوازاً ^٤. كما استدلوا أيضاً بواقعة تولى الشفاء على سوق المدينة وهي امرأة يمكنها الحكم بين الناس ولو في صغار الأمور، كما روي عن ابن الماجشون قوله: «إِذَا كَانَ الْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ بِصَرِيرَيْنِ مَأْمُونَيْنِ، فَإِنْ تَحْكِيمَهُمَا وَحْكَمَهُمَا جائز إِلَّا فِي خَطَأٍ بَيْنَ ^٥».

ويرى الحنفية صحة تولية المرأة القضاء، أما التحكيم فيها تجوز فيه شهادتها عدا

(١) د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٢) كابن جرير للطبرى، أدب القاضى للهاوردى ج ١ ص ٦٢٦، المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٣٩، وكابن حزم المحتلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٩٠.

(٣) البصرة لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، المتفق للباجي ج ٥ ص ٢٢٨، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٤) المتفق للباجي ج ٥ ص ٢٢٨.

الحدود والقصاص واستناداً لقاعدة «من صحت شهادته صحت ولايته»، وبالتالي صحت ولایة التحكيم للمرأة ما عدا القصاص والحدود^(١).

كما أجاز بعض فقهاء المسلمين المعاصرين تولی المرأة على اعتبار أنه لا يتضمن ولایة عامة، وأن قيامه مرجعه إلى إرادة اختيار الخصوم وتأثيره الفصل في المنازعات القائمة بينهم برضاهما، وأنه نوع من الولایة الخاصة غير الممنوعة على المرأة^(٢).

١٠- أن يكون المحكم عدلاً:

العدالة عند جهور الفقهاء معتبرة في القضاء، وفي كل ولایة وهي أن يكون الحكم صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً للمأثم، بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه^(٣). فينبغي في الحكم شأنه شأن القاضي المولى أن يكون عدلاً حافظاً لأموال الناس وحقوقهم.

وعليه فلا يصح تحكيم الفاسق وإذا حكمه الخصمان ثم قضى لا يفدي حكمه^(٤).

أما الحنفية، فالعدالة عندهم شرط أولوية وليس شرطاً لصحة الولایة^(٥)، وهي تشرط عندهم في الشهادة للوجوب لصحة القبول، فغير العدل لا تقبل شهادته وإن قبلها القاضي وحكم بناء عليها صح حكمه، والتحكيم عندهم شأن القضاء مبنيٌ على

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ ٥ ص ٤٢٨، تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ١٩٣، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٩١، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٢) عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميسي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنّة، طبعة أولى ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩، ص ٥١ - ٥٦، ص ١٢٣ - ١٣١، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٣) الخطيب، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٩، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٦٦.

(٤) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٩٨، ابن قدامة (ابن محمد عبد الله بن أحمد - ٦٢٠ هـ) المغني جـ ٩ ص ٤٠، الخصاف شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٨، د/ عبد الكري姆 نصیر، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٥) الزيلعي تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٩٣، الخصاف شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٦.

الشهادة. لهذا أجازوا تحكيم الفاسق، والأولى أن لا يحكم، أما إذا حكمه الخصوم فقضى صح حكمه^(١). وفي قول آخر عندهم أنه لا يجوز أن يحكم الخصوم فاسقاً^(٢).

وقد ذهب الفقهاء إلى أنه إذا حكم الخصوم رجلاً على أنه عدل ثم ظهر أنه على خلاف ذلك انعزل لأنه ولد على شرط العدالة، أما إذا كان الخصم يعلمان بفسقه وقت التحكيم فلا ينعزل لرضاهما به حكماً على تلك الصفة^(٣).

١١- لا يكون الحكم جاهلاً:

اشترط الفقهاء في الحكم أن يكون من أهل الاجتهاد أى عالماً بالأحكام الشرعية علماً مشتملاً على العلم بأصولها^(٤). إلا أنهم اختلفوا في نطاق هذا الاجتهاد ومداه وفهم في ذلك قولان:

- القول الأول: اشتراط الاجتهاد مطلقاً:

قال بذلك الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) وابن حزم الظاهري^(٧). وعليه فإنه يشترط في الحكم أن يكون مجتهداً على وجه الإطلاق في مسألة بعينها.

- القول الثاني: اشتراط الاجتهاد فيها حكم فيه:

قال بهذا الماوردي من الشافعية^(٨) وقول جمع متأخر من الشافعية^(٩).

(١) المداية شرح بداية المبتدئ جـ ٣ ص ٧٠٤ - ٧٠٥، ابن نجيم البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٦، العيني البناءة شرح المداية جـ ٧ ص ٦٨، المرغيناني (برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكرت ٥٩٣هـ).

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٩٧، الخصاف شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٨.

(٣) قاضي سماوه (بدر الدين محمود بن إسماعيل ت ٨٢٣هـ)، جامع الفصولين جـ ١ ص ١٦.

(٤) الماوردي (ابن الحسن علي بن محمد بن حبيب) الأحكام السلطانية ١٩٧٣م، ص ٦٦.

(٥) الخطيب مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٨، ابن حجر المishiحي حاشيتي (شهاب الدين أحمدت ٩٧٤هـ)، تحفة المحتاج، شرح المنهاج، مطبوع هامش حاشيتي الشريري وابن القاسم جـ ١٠ ص ١١٨.

(٦) ابن قدامة المغنى جـ ٩ ص ٤١.

(٧) ابن حزم المحلي جـ ٩ ص ٣٦٣.

(٨) الأنصاري أنسى المطالب جـ ٤ ص ٢٨٨.

(٩) السيد البكري (أبو بكر بن محمد شطا الديمطي المكي) إعانة الطالين على فتح المعين جـ ٤ ص ٢٢٠.

وأخذًا بشرط الاجتهاد قيل أنه لا يجوز تحكيم الجاهل، وإذا حكم لا ينفذ حكمه^(١) وهو قول المالكية والراجح عند الشافعية والحنابلة والظاهرية، لأن تحكيم الجاهل فيه خطأ وغَرَر. وأجاز الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية عند الضرورة وفي عقد النكاح^(٤) تحكيم الجاهل إذا ما استرشد العلماء، فالجاهل المشاور للعلماء فيها حكم لا يعتبر حكمه حكم جاهل، بل يعتبر حكمًا بها أنزل الله تعالى يحصل به المقصود من التحكيم، بقطع النزاع وإيصال الحق إلى مستحقه، والله تعالى يقول: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِيَاحًا لَّوْجِيَّةٍ فَتَنَاهُوا أَهْلَ الْذِكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣].

من كل ما تقدم، يتضح لنا أن الجاهل بصفة عامة لا يجوز أن يكون حكمًا وإن تحاكم إليه الطرفان وجب عليه الاسترشاد بأهل الذكر من العلماء أصحاب الخبرة في حكمه وإلا كان حكمه باطلًا.

وفي قول لابن حبيب: «إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ عِلْمٌ، وَمَعَهُ عَقْلٌ وَوَرَعٌ فَذَلِكَ يَكْفِي لِأَنَّهُ بِالْعُقْلِ يَسْأَلُ، وَبِالْوَرَعِ يَعْفُ، إِنْ طَلَبَ الْعِلْمَ وَحْدَهُ، وَإِنْ طَلَبَ الْعُقْلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ لِمْ يَجِدْهُ»^(٥).

(١) الخرشي (ابن عبد الله محمد بن عبد الله س ١١٠١) حاشية الخرشي ج ٧ ص ١٤٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٩، ابن قدامة المغنى ج ٩ ص ٤١، ابن حجر الهيثمي (أحمد شهاب الدين بن محمد) ٩٧٤هـ، الفتاوى الكبرى ج ٤ ص ٢٩٨.

(٢) جامع الفصولين ج ١ ص ٦٤، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣، وذكر عن أبي يوسف قوله: «لأن يكون القاضي ورعاً أحب إلى من أن يكون مجتهداً» الاختيار لتعليق المختار ج ٢ ص ١٣١.

(٣) الخرشي ج ٧ ص ١٤٤، التبصرة لابن فردون ج ١ ص ٤٤.

(٤) حاشية البيجيري على منهج الطلاب ج ٤ ص ٣١٨، الفتاوى الكبرى لابن حجر ج ٤ ص ٢٩٨.

(٥) الزرقاني على مختصر خليل ج ٧ ص ١٢٥.

وقت توافر أهلية المحكم:

يشترط أن تتوافر أهلية المحكم وقت التحكيم ووقت إصدار الحكم شأن القاضي المولى، فإذا لم يكن أهلاً وقت التحكيم، كأن يكون صبياً أو ذمياً أو عبداً. ثم بلغ أو أسلم أو اعتنق فحُكم لا يصح حُكمه إلا بتولية جديدة، وكذا إذا كان أهلاً وقت التحكيم ثم زالت أهليته قبل الحكم كأن يرتد أو يحجر عليه، وإذا قضى على هذه الحال بطل حُكمه^(١). لذا فقد اشترط الفقهاء أهلية الحكم للقضاء لا للشهادة، لأن الشهادة إنما تشرط

وفي الفتح نقلًا عن الخلاصة مثل ذلك^(١)، لهذا ذهب أبو السعود في حاشيته: إلى أنه لا يشترط توافر أهلية المُحْكَم وقت التحكيم، وإنما يكتفى بتوافرها وقت الحكم قياسًا على القاضى أولى على ما نقله سعدي أفندي عن المبتعنى في الواقعات الحسامية «من أن العبد إذا استقضى ثم عتق فقضى فصح قضاوه»^(٢)، فإذا كانت إنما تلتزم وقف الحكم، فأولى أن لا تستلزم في الحكم مطلقاً، وإن لم يكن أهلاً للقضاء وقته بأن يكون كافراً أو عبداً ثم أسلم أو أعتق قبل حكمه^(٣).



(١) قال أن العبد إذا قلد ثم اعترق جاز أن يقضى بتلك الولاية من غير حاجة إلى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم اعترق فتصح شهادته، فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٧ ص ٢٥٣.

(٢) حاشية سعدي أفندي، هامش فتح القدير ج ٦ ص ٤٧.

(٣) حاشية أبو السعود ج ٣ ص ٣٩، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩٨.

المبحث الثالث

الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم

مجال التحكيم الموضوعي

بعد أن بحثنا الشروط المتعلقة بأشخاص التحكيم، نتناول في هذا المبحث الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم. وهو أن يكون الحق موضوع التحكيم مما يصح أن يكون موضوعاً للتحكيم. والتساؤل الذي يثور هنا هو ماهي الحقوق التي يجوز فيها التحكيم وتصح أن تكون موضوعاً له؟

والإجابة على التساؤل هي موضع خلاف بين الفقهاء سنعرض لكل منهم على حدة:

١] رأي الحنفية:

أجاز الحنفية التحكيم فيما يملك الأفراد فعله من حقوق العباد كالدعوى المتعلقة بالأموال كالإعian والديون، والبيوع والإجارة والرهن .. ونحوها^(١).

أما حقوق الله تعالى، فلا يجوز فيها التحكيم كالحدود التي توجب حفاظ الله تعالى كحد السرقة وحد الشرب وحد الزنا، فإن المتعين لاستيفاء هذه الحقوق هو الإمام أو نائبه لأن القاعدة أن ما كان نفعه أو ضرره عاماً فإن استيفاؤه يكون للإمام، أى من له ولايه عامة، فلا يجوز للحَكَمُ أن يقضى في شيء من ذلك، لأن التحكيم تفويض، ولا يصح التفويض إلا فيما يملك المفوض فعله بنفسه كالتوكيل، فمن لا يملك إقامة الحد على نفسه لا يملك تفويض إقامته لغيره، إذ أن فاقد الشئ لا يعطيه.

(١) فتح القدير جـ٤ ص٤٠٩، رد المختار جـ٤ ص٣٦٣، البناء على المداية جـ٧ ص٦٩، حاشية الطحاوي جـ٢ ص٢٠٧، معين الحكم ص٣٥، وجاء في الفتوى الخيرية: «ويصح التحكيم في مسألة العين؛ لأنه ليس بحد ولا قود ولا دية على العاقلة» جـ٢ ص١٦، د/ إسماعيل الأسطل، المراجع السابـلـ، ص١٣٥.

- حقوق الله لا يجوز التصالح عليها:

إذ إن حقوق الله لا مدخل فيها للصلح، وإنها الصلح بين العبد وربه في إقامتها لا في إهمالها، ولا تسقط بالاستقطاع ولا تقبل المعارضة عليها بالمال ولا يجري فيها الإرث، فلا يملك الفرد ولا الجماعة إسقاط حق من حقوق الله بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، وفي هذا قال بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ لمن جاءه يشفع في حد من حدود الله: [وَاللَّهُ لَوْ أَنْ فَاطِمَةَ بْنَتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقْطَةً يَدَهَا]، فغفر المسرور عن السارق بعدهما رفع الأمر إلى السلطان لا أثر له، ورَضَيَ المجنى عليه بالقتل أو الجرح، أو إباحة الفرد أو الجماعة، الربا أو المسكرات لا أثر له في تحرير ذلك.

أما حقوق العباد، فيجري فيها الصلح وتسقط بالإسقاط، وتقبل المعارضة عليها بالمال، ويجري فيها الإرث، ففي حد القصاص يصح لولي المقتول التصالح عليه، وقبول الديمة بدلا منه، وله أن يعفو عن القاتل بلا مقابل، والدائين إذا توفي كان لورثته استيفاء مبلغ الدين من المدين، ولورثة المقتول الذين تضرروا بالقذف، المطالبة بحد القذف عند من يرى أن حق العبد فيه غالب.

ويرى الخنفية أيضاً: أن ما اجتمع فيه الحقان، حق الله وحق العبد واستوف أحدهما سقط الآخر، فلا يجتمع القصاص مع الديمة، ولا الحد مع المهر في الزنا وفي قول أبي يوسف ومحمد يضمن السارق السرقات المقصومة^(١).

ومن ناحية أخرى أن حكم المحكم أدنى مرتبة من حكم القاضي المولى، فلا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به، وهذا أورث شبهة فيه، والحدود تذرأ بالشبهات^(٢) لقوله بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(١) الفتاوي للسعدي ح ٢ ص ٦٣٩، مباحث الحكم عن الأصوليين د/ سلام مذكور ص ٢٠٥ وما بعدها، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(٢) البناء على المداية للعیني ج ٧ ص ٦٩، فتح القدير ج ٦ ص ٤٠٨.

[إدْرَءُوا الْحَدُودَ بِالشَّبَهَاتِ] ^(١).

وذهب بعض الحنفية إلى جواز التحكيم في القصاص وحد القذف استناداً إلى أن فيهما حقاً للعبد، إذ إن ولـي المقتول لو استوفى القصاص من غير أن يرفع أمره إلى السلطان جاز، كذلك إذا حكم فيه كما في الأموال ^(٢).

ونقل الحموي عن البرجندى: «أن الحَكْمَ (الْمُحَكَّمُ) ليس له أن يلاعن» ^(٣).

وقال ابن نجيم: «لَمْ أَرَ التَّحْكِيمَ فِي الْلَّعَانِ مَعَ أَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْحَدِّ» ^(٤).

ولا ينفذ حكم المحكم بالدّية على العاقلة. لأن حكم المحكم لا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به، ولا رضا من العاقلة لعدم التحكيم منها.

[٢] رأى المالكية:

يرى المالكية أنه يجوز التحكيم في الأموال كالأعيان والديون، فيجوز للحكم أن يحكم فيما يجري بجري المال، كالبيع والإجارة والرهن والإقرار والغصب والقتل الخطأ، ونحو ذلك.

ولا خلاف بين المالكية في جواز التحكيم في هذه الأمور ابتداءً وإذا قضى المحكم فيها صَحَّ حُكْمُهُ وَنَفَّذَ ^(٥).

(١) أخرجه الترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها، كتاب الحدود رقم الحديث ١٤٢٤، وأخرجه الحاكم وصححه ورده الذهبى ج٤ ص ٣٨٤، والسيهقى ج٨ ص ٢٣٨، والدارقطنى ج٢ ص ٨٤.

(٢) رمز الحقائق بشرح كنز النقائق ح٢ ص ٧٦، ٧٥، البناء على المدایة ج٧ ص ٦٩، فتح القدير ج٦ ص ٤٠.

(٣) حاشية أبو السعود ج٢ ص ٤٠.

(٤) البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٥) الملتقى شرح موطأ مالك ج٥ ص ٢٢٨، الشرح الصغير للدردير ج٥ ص ٥١١، الأحكام في تمييز الفتوى عن الأحكام، القرافي ص ٤٧، التبصرة لابن فردون ج١ ص ٤٦، د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ١٣٧.

- وقالوا إن التحكيم لا يجوز في عشرة أمور هي: [الحدود - القصاص - الوصية - الحبس - النسب - الولاء بأن فلاناً له الولاء على فلان - الرشد ومضاده هو السفه «بأن يحكم فلاناً رشيداً وذاك سفيه» - أمر الغائب - أمر اليتيم ترشيداً أو بيعاً أو قسماً]، فإن هذه الأمور لا يحكم فيها إلا القضاء، إما لعظم قدرها أو خطراها، أو لتعلق حق الله بها كما في الحدود، وإما لاستلزم الحكم فيها إثبات حكم أو نفيه من غير المحاكمين، ولا ولایة للحكم عليهم^(١).
وأضاف بعض المالكية على هذه الأمور [الطلاق - واللعان - والعتاق]، وقالوا بعدم الجواز للتحكيم فيها ابتداءً، لتعلق حق الله بها، وهذا لا يستوفيه إلا الإمام أو نائبه، أو لتعلق حق غير المحاكمين بها.

ولكن الخرشي صَعَّفَ الرأى القائل بعدم جواز التحكيم في هذه الأمور الثلاثة الأخيرة ابتداءً وقال إن هذه الأمور يحكم فيها القضاة وغيرهم^(٢).

و جاء في الشرح الصغير^(٣) أنه «إذا قضى الحكم في أيّ من هذه الأمور التي لا يجوز التحكيم فيها ابتداءً، والتي اختص بها القضاة دون غيرهم، مضى إن كان صواباً، وليس لأحد الخصميين ولا للحاكم نقضه وإن خالف رأيه، لأن حكم المحكم يرفع الخلاف. وفي ذلك جاء في حاشية الدسوقي^(٤): «وينهى عن العود لمثل ذلك وأدب أن تفذ حُكْمَهُ بِأَنْ اقْتَصَّ أَوْ حَدَّ أَوْ طَلَقَ وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى الْحُكْمِ وَلَمْ يَنْفَذْ يُزْجَرَ وَلَا يُؤْدَبَ، وَإِنْ

(١) الخرشي ج ٧ ص ١٤٥، ص ٢٩٩، الزرقاني على مختصر خليل ج ٧ ص ١٢٩، ج ٥ ص ٣٠٠، الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ٥١١.

(٢) الخرشي ج ٥ ص ٥١١.

(٣) الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ٥١٣.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٦، الزرقاني على مختصر خليل ج ٧ ص ١٣٠، د/ إسماعيل الأسطل، المراجع السابقة ص ١٣٨.

كان حُكمه خطأً وترتب عليه إتلاف عضو فالدية على عاقلته، وإن ترتب عليه إتلاف مال كان الضمان عليه في ماله^(١).

وإذا قضى الحكم فيها هو من اختصاص السلطان كالاقطاعات فحكمه غير ماضٍ قطعاً^(٢).

[٣] رأى الشافعية:

هناك خلاف في مذهب الشافعية على أقوال:

» القول الأول: إن التحكيم يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان، كما يجوز حُكم الحاكم الذي ولأه الأمام،

وفي هذا يقول الشرييني الخطيب^(٣): «والصَّحِيحُ عدم الاختصاص، لأنَّ من صَحَّ حُكمُه في مالٍ صَحَّ في غيره، كالمولى من جهة الإمام».

» القول الثاني: يرى أن التحكيم لا يجوز في حدود الله تعالى^(٤) وحقوقه المالية كالزكاة إذا كان المستحقون لها غير مخصوصين^(٥) لأنَّه لا طالب لها معين.

» القول الثالث: ذهب إلى أن التحكيم يجوز في الأموال دون سواها، فالنَّكاح واللَّعَان والقصاص لا يجوز فيها التحكيم قطعاً^(٦).

ويقول السيوطي: «فَإِمَّا النَّكاحُ وَاللَّعَانُ وَالقَذْفُ وَالقصاصُ وَالحدودُ فَلَا يجوزُ فِيهَا

(١) حاشية الصاوي هامش الشرح الصغير ج ٥ ص ٥١٢، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١٣٩.

وجاء في التبصرة: «وحيث قلنا لا يحكم بعد هذه المسائل فلو حكم فيها بغير الجوز تقد حكمه، وينتهي من العود لثله، ولو أقام ذلك بنفسه قتيل أو اقتضى أو ضرب الحد أدب وجزر، ومضى ما كان صواباً من حكمه، وصار المحدود بالقذف محدوداً والتلاعن ماضياً» ج ١ ص ٤٤.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٦.

(٣) مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٧٩.

(٤) البيجومي على شرح الخطيب ج ٤ ص ٣٤٥، تكميلة المجموع شرح المذهب ج ١٨٣ ص ٣٦٣.

(٥) الروضة للنوروي ج ١١ ص ١٢١.

التحكيم إجماعاً^(١).

[٤] رأي الخنابلة:

عند الخنابلة يجوز التحكيم في الأموال، والحدود، والقصاص، والنكاح، واللعان وغيرها، وهو الظاهر من كلام أحمد على ما نقله أبو الخطاب، فيجوز أن يقضي الحكم في كل ما يرتفع إليه كالقاضي المولى^(٢).

ونقل عن القاضي أبي يعلى الفراء، أن حكم المحكم ينفرد في كل شيء إلا في أربعة أشياء: النكاح - واللعان - والقذف - والقصاص. إذ إن هذه الأمور يختص بها القضاة دون غيرهم من الحكماء، لما لها من مزية خاصة على غيرها لعظمها وخطر تفويض النظر فيها إلى غير ذي صاحب ولاية عامة^(٣).

من كل ما تقدم، يتضح أنه لا خلاف بين الفقهاء على أنه يجوز التحكيم في الأموال وما يجري بغيرها وما عدا ذلك كحدود الله وحقوقه المالية، فإن الجمهور على أنه لا يجوز فيها التحكيم لأنه لا طالب لها معين، أو لأن الشارع استلزم فيمن يباشر النظر فيها أن يكون صاحب ولاية عامة لخطورها، ولما يعود على المجتمع بالضرر العام إذا أُبْيَحَ لغير المحاكم النظر فيها.



(١) جواهر العقود جـ ٢ ص ٣٧٦.

(٢) الانصاف للمرداوي جـ ١١ ص ١٩٧، الكافي، الفقه جـ ٣ ص ٤٤٦، وجاء في مجلة الأحكام الشرعية: «يصح أن يحكم الخصيان رجلاً يرتكبها ليحكم بيتها في كل ما ينفرد فيه حكم القاضي» م/٢٠٩١.

(٣) الانصاف المرجع السابق نفس الجزء ونفس الصفحة، المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٨.

المبحث الرابع

شروط صحة حكم الحكم

بعد أن يستمع المحكم إلى طلبات وادعاءات المدعى ودفاع ودفع المدعى عليه، ويُمكّن كل منهما من تقديم ما لديه من مستندات أو مذكرات ويفحص تلك الأدلة والحجج والبراهين التي يقوموا بتقديمها.

وبعد أن يخلص من كل ذلك إلى رأي معين في النزاع المعروض عليه، يقوم بإصدار الحكم الفاصل في موضوع النزاع.

ويتبين من آقوال الفقهاء في هذا الخصوص أنهم قد اشترطوا عدة شروط حتى يصدر الحكم صحيحاً.

شروط صحة إصدار الحكم^(١):

١- رضا الخصوم بالتحكيم إلى وقت الحكم.

٢- أن يصدر الحكم من له ولادة إصداره.

٣- أن يكون قد صدر في خصومة شرعية.

٤- أن يكون موافقاً لأصوله المشروعة.

٥- أن يصدر في الخصوص الذي حكمه فيه الخصوم.

ونتناول هذه الشروط تباعاً بشيء من التفصيل المناسب.

- أولاً: اشتراط الرضا بالحكم:

لا اختلاف بين الفقهاء في وجوب توافر الرضا الصحيح بالتحكيم ابتداءً، إذ إن

(١) التحكيم عند العرب / عبد الكريم نصیر، المرجع السابق ص ٢٣٢؛ د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ١٦٠.

ولاية التحكيم مستمدّة من رضا الخصوم بالتحكيم حتى تتعقد ولاية الحكم، وتكون له سلطة نظر النزاع المطروح عليه.

يبين ثار الخلاف بين الفقهاء حول مَدَى ضرورة اشتراط دوام الرضا إلى حين صدور الحكم وهم في ذلك أقوال:

قول يرى بأهمية وضرورة دوام الرضا إلى تمام الحكم وهو قول الشافعية^(١) وبعض والحنابلة^(٢) وبعض من المالكية^(٣) وبعض من الحنابلة^(٤).

أى أنه إذا رجع أحد المحكمين قبل تمام الحكم ولو بعد إقامة البينة والشرع فيه بأن قال للحكم عزلتك، فليس له (أى للحكم) أن ينْجُم، ذلك أن التحكيم من الأمور الجائزة من غير لزوم فيستبد أحدهما بتنقضيه كما في المضاربات، والشركات، والوكالات^(٥).

وعلى هذا إذا اصطلاح الرجال على حكم يحكم بينهما، فقضى لأحدهما على صاحبه في بعض الدعاوى التي حَكِيَّاه فيها، ثم رَجَع المحكوم عليه عن تحكيم هذا الحكم فيما بقى بينهما من المنازعات فإن قضاءه الأول نافذ، وما يقضى به بعد ذلك غير نافذ^(٦).

وقول آخر:

يرى أنه يكفي الرضا بالتحكيم ابتداءً، وهو قول ابن الماجشون من المالكية حيث قال ليس لأحدهما، أى أحد الخصوم أن يدلو له، كان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه أو

(١) الشافعي الصغير نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٤٢؛ الأنباري إسن المطالب ج ٤ ص ٢٨٨؛ الخطيب مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩.

(٢) ابن نجم البحري الرائق ج ٧ ص ٢٦، السرخسي المبسوط ج ٦ ص ١١١؛ الزيلعي تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٣.

(٣) الباقي، المتقدى ج ٥ ص ٢٢٧.

(٤) ابن قدامه (أبي محمد موفق الدين) الكافي ج ٤ ص ٤٣٦، المرداوي، الانصاف ج ١ ص ١٩٩.

(٥) الزيلعي المرجع السابق.

(٦) الفتاوي الهندية ج ٣ ص ٤٠١.

بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لها^(١).

وهناك قول آخر:

ذهب إلى التفرقة بين الشروع في الحكم وقبل الشروع فيه – فقالوا بضرورة دوام الرضا إلى ما قبل الشروع في الحكم، فإن رجع أحد المحكمين قبل شروع المحكم في الحكم فله ذلك كما في حالة رجوع الموكّل عن التوكيل قبل التصرف فيها وكل فيه وهو قول الخنابلة^(٢).

أما الحنفية وما عليه مذهب الشافعية فإنهم يشترطون توافر الرضا إلى حين الانتهاء من الحكم، فإذا حكم المحكم في بعض جزئيات موضوع النزاع ثم رجع أحد المحكمين صَحَّ رجوعه، ويتمكن على المحكم الحكم فيما لم يحكم فيه قبل الرجوع^(٣). وفي ذلك أيضاً نصّ المادة ٢٠٩٣ من مجلة الأحكام الشرعية على أنه «لكل من الخصمين المحكمين الرجوع عن التحكيم قبل شروع المحكم في الحكم^(٤)، وقريب من هذا القول ما قال به ابن القاسم من المالكية «إذا حكماه وأقاما البينة عنده ثم بدلاً أحدهما الرجوع قبل أن يحكم قال أرى أن يقضى بينهما، ويجوز حكمه ونحوه قول مُطرف وإصبع من المالكية في كتاب ابن حبيب^(٥).

(١) انظر ابن فردون، تبصرة الحكم ج ١ ص ٥٦، الباقي المتفق ج ٥ ص ٢٢٧.

(٢) الانصاف للمرداوي ج ١ ص ١٩٩، كشاف القناع للبهوتى ج ٦ ص ٣٠٩، الرحبياني مطالب أولى النهى ج ٦ ص ٤٧٢، المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٨.

(٣) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٦، روضة القضاة للسناني ج ١ ص ١١٨، تبيان الحقائق للزيلعبي ج ٤ ص ١٩٤، أدب القاضي للخصف ص ٥٨٠، أدب القضاة لابن أبي الدم ج ١ ص ٤٢٩، أدب القاضي للهواردي ج ٢ ص ٢٧٩، روضة الطالبين ج ١١ ص ١٢١.

(٤) القاري (أحمد عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية).

(٥) ابن فردون – تبصرة الحكم ج ١ ص ٤٤، الباقي، المتفق ج ٥ ص ٢٢٧، التحكيم عند العرب، للدكتور عبد الحكيم المرجع السابق ص ٢٣٥.

وقال بعض الشافعية أيضاً أن محل اشتراط الرضا إذا لم يكن أحد الخصمين القاضي، وإنما فلا يشترط رضا الخصم الآخر لصحة حكم المُحكم، وهذا مبني على أن تحكيم القاضي المُحكم إنما هو إنابة له في الفصل في الدعوى فلا يشترط رضا الخصم بذلك^(١).

- ثانياً: أن يصدر الحكم من له ولایة إصداره:

الأصل أن الرضا هو المثبت لولایة الحكم، فإذا زال الرضا زالت هذه الولایة، وإذا زالت الولایة لهذا السبب أو لغيره من أسباب انتهاء الولایة كرجوع أحد المحتكمين أو موته قبل الحكم، امتنع عليه الحكم، وإذا قضى لا يصح حكمه ولا ينفذ^(٢).

كما يتعين أن يكون الحكم الصادر في النزاع صادراً من الشخص الذي عهد إليه الخصوم بمهمة فض هذا النزاع، فإذا صدر الحكم من شخص آخر غير الذي حكمه الخصوم كان حكمه باطلأ، سواءً أكان هذا الشخص أجنبياً عن المحتكمين أى لم يسبق لها أن ولأيام مهمة التحكيم بينهما كما أسلفنا.

وإذا تعدد المحكمون وجب اتفاقهم جميعاً على الحكم، فإذا لم يتفقوا على الحكم بأن قضى أحدهما بغير ما قضى الآخر وإذا قضى أحدهما دون الآخر لا يصح الحكم^(٣).

لأن الرضا إنما كان برأى المحتكمين جميعاً لا برأى بعضهم دون البعض، فإذا قال رجل لزوجته: أنت على حرام ولم ينوه عهداً فقال أحد المحتكمين بأن هذه تطليقة بائنة، وقال الآخر، قد حكمت بأنها بائنة ثلاثة، لم يجز الحكم في ذلك حتى يجتمعوا على أمر

(١) الباجوري على ابن القاسم جـ ٢ ص ٣٢٥، روضة الطالبين جـ ١١ ص ١٢١.

(٢) د/ إسماعيل الأسطل المرجع السابق ص ١٦٣.

(٣) مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٩، الماوردي أدب القاضي جـ ٢ ص ٣٨٥، السرخسي جـ ٦ ص ١١١، ابن نجيم، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٦، د/ عبد الكريـم، المرجع السابق ص ٢٣٦.

واحد^(١).

ويجب أن يصدر في مواجهة من رضي به، إذ إن ولاية المحكم قاصرة على من رضي به، فلا يصح حكمه بالدية على العاقلة في القتل الخطأ لعدم رضاها بالتحكيم، ويجب أن يصدر حكمه في الخصومة الذي حكمه الخصوم فيها، وفي حدود ما رسم له من سلطات في ضوء عقد التحكيم، مع مراعاة ما يضعه السلطان من قيود على سلطاته، فيمتنع على المحكم أن يقضي خارج نطاق سلطاته، فإذا ثار نزاع بين شخصين في دين وعِين، وارتضايا حكماً بينهما ليفصل في الدين دون العين، فليس للمحكم أن يقضي إلا في الدين، وإذا قضى في العين كان حكمه فضوليًا لا ينفذ إلا برضاء الخصوم عليه^(٢).

- ثالثاً: أن يصدر الحكم في خصومة شرعية:

يشترط لصحة حكم المحكم شأن حكم القاضي المولى أن يكون في حادثة، بمعنى أن تكون هناك بين الخصوم المحتكمين خصومة حقيقة وتنازع في نفس الأمر المدعي به، وهذا الشرط محل اتفاق بين الحنفية والشافعية^(٣).

فإذا قضى الحكم مع عدم تحقق هذا الشرط لا ينفذ حكمه، ومن هنا وجب على الحكم التحقق من وجود خصومة حقيقة بين المحتكمين وأن التنازع بينهم بالفعل على المدعي به موضوع الدعوى^(٤).

ولا يكفي أن يكون هناك تنازع وتخاصل بين المتداعين في الظاهر بل يجب أن يكون هناك تطابق بين الدعوى في الظاهر والواقع، فإذا كانت الدعوى مسموعة بحسب الظاهر، والمحكم يعلم أن باطن الأمر كظاهره وأنه لا تنازع حقيقي بين الخصوم في

(١) أدب القاضي للخصاف شرح الجصاص ص ٥٨٨ فقرة ٦٨٣، د/ الأسطل، المراجع السابق ص ١٠٤، ص ١٦٣.

(٢) شرح المجلة على حيدر ج ٤ ص ٦٤٢.

(٣) ابن الغرس (محمد بن خليل على ت ٨٩٤هـ)، المجانى الزهرية على الفواكه البدريه ص ١٤٤، ١٤٦.

(٤) د/ الأسطل، المراجع السابق ص ١٦٤، ١٦٥.

الأمر المدعى به، فلا يجوز له سباع الدعوى وإذا ما قضى مع ذلك فإن قضاءه لا ينفذ، لعدم تحقق الشرط ويكون لغيره أن يقضى في الأمر إذا ما وقع فيه تخاصم حسب رأيه. فالتحكيم إنما شرع باعتباره وسيلة لفض النازعات، وإحقاق الحق، ولم يشرع كوسيلة للاحتيال والحصول على الأحكام، وصولاً لأمور أخرى غير موضوع الدعوى، وإنما كان التحكيم وسيلة لانتشار الظلم بدلاً من إحقاق الحق، ووسيلة لأكيل أموال الناس بالباطل، وهذا مناف للحكمة التي شرع من أجلها التحكيم.

-رابعاً: يشترط أن يكون حكمه في مواجهة من يجوز أن يشهد له أو عليه:

الأصل أن القضاء يرمي إلى إحقاق الحق، ورفع الظلم طبقاً لأحكام الشرع. ويستوي في ذلك القاضي المولى والمحكم، لذا يُشترط لصحة حُكْمَ الْمُحَكَّمِ ونفاذه أن يكون قد صدر في مواجهة من يجوز أن يشهد له أو عليه إذ إن الشهادة ولاية، ومن لا تكون له ولاية الشهادة أولى أن لا تكون له ولاية الحكم^(١).

فيري الحنفية أن حكم المحكم لمن لا يجوز أن يشهد له، باطلٌ ولا ينفذ للتهمة وإذا رفع إلى القاضي أبطله وافق الحق عند هام خالفة.

أما قضاء المحكم على أصوله وفروعه وزوجته فلا خلاف في جوازه، كما تجوز شهادته عليهم، وما ذكر عن الشافعى من عدم جواز شهادة الولد على والده في الحدود والقصاص لاتهامه في الميراث^(٢) لا عَلَى هُنَّا في التحكيم، لعدم جواز التحكيم في هذه الأمور عنده.

(١) أسباب التهمة إنما لأنه يجُرُّ لنفسه نفقة - كأن يشهد الوارث على مورثه المحسن بالزنا، أو قتل العمد أن يكون مورثه فقيراً، وكالرصي له إذا شهد بذلك للميت، وإنما لأنه يدفع عن نفسه ضرراً، كشهادة العاقلة الأغنياء الأقربين على شهود القتل بالفسق. لأنهم يدفعون عن أنفسهم التحمل، وكشهادة الضامن ببراءة المضمن، د/الأسطل، المرجع السابق هامش ٢٧ ص ١٦٦.

(٢) يرى عن الشافعى أنه قال «لا تقبل شهادة الولد على والده في القصاص والحدود لاتهامه في الميراث» جواهر العقود للسيوطى ج ٢ ص ٤٤٣.

وذهب بعض الشافعية إلى أنه يصح حكم المُحْكَم لأصوله وفروعه وعلى عدوه وإن لم يُجِزْ أن يشهد لهم أو عليهم، لأن التحكيم ولایة مستمدة من رضا الخصوم، وبالرضا تنتفي التهمة^(١).

وفي قول عند أَحَد أن حكم المُحْكَم شأن حكم القاضي المُوَلَّ يَصْحُح لأصوله وفروعه، وإن لم يُجِزْ أن يشهد لهم، لأن الخصوم أمام القضاء سواءً أقارب للحاكم أم أجانب فيصح حكم المحكوم لأبويه ولو لولده ومن لا يجوز أن يشهد له^(٢).

وَحَسْبَ هذا الرأى فإن المَحْكُم إذا ما قضى لأبيه أو لابنه أو لزوجته صح حكمه وَنَفَذَ.

- خامسًا: أن يكون حكمه موافقًا لأصول الشع:

ذكر الحنفية أنه يشترط لصحة حكم المُحْكَم ونفاذِه، أن يكون حُكْمُه مستندًا إلى أحد الحجج الثلاث: [البينة - أو الإقرار - أو النكول]^(٣)، فللمُدْعِي إذا ما عجز عن إثبات دعواه أمام المُحْكَم أن يطلب تخليفَ المُدْعِي عليه، فإذا انْكَلَ قاضي عليه بالنكول^(٤)، فهل معنى ذلك أنه لا يجوز للمَحْكُم أن يقضي بعلمه؟

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المُحْكَم لا يقضي على خلاف علمه كالقاضي

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ج ١ ص ٤٣١، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٨٥، ٣٨٦، ويقول ابن حجر «يجوز للحاكم الحكم لنحو والده وعلى عدوه على ما رأجه الزركشي، لرضا المحكوم عليه بذلك»، الفتوى الكبرى ص ٢٩٠.

(٢) المغني والشرح الكبير ج ١١ ص ٤٨٣.

(٣) الجواهرة النيرة لمختصر القدوري ج ٢ ص ٢٤٦، تبيين الحقائق للزيلعي ح ٧ ص ١٩٢.

(٤) عند مالك والشافعى يرد اليمين إلى المُدْعِي بعد نكول المُدْعِي عليه، فإن حلف وإن قاضى عليه بالنكول للمُدْعِي عليه، والبعض يقول: يحبس المُدْعِي عليه حتى يخلف أو يقر ولا ترد اليمين إلى المُدْعِي، [الشروط الصغيرة للطهارى ح ٢ ص ٧٧٦، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٩].

المولى^(١)، وإنما الخلاف في جواز قضائه بعلمه. بمعنى أن المُحْكَم إذا ما سمع رجلاً يقر لرجل بمال أو يطلق امرأته أو يقذف رجلاً، عند من يرى جواز الحكم في القذف، أو رأه وهو يدفع ثمن المبيع للبائع، أو وهو يعلم عنده، ثم اختصاً إليه في شئ مما ذكر هل له أن يقضي بينهما مُستنداً إلى علمه في ذلك؟

يصح حُكْمُ الْمُحْكَمِ المستند إلى السبب المتفق عليه، كالبينة والإقرار، أو الحكم بعلمه في الجرح والتعديل قياساً على القاضي المولى.

وعند الشافعية فيه خلاف: فذهب البعض إلى أنه يجوز أن يقضي المُحْكَم بعلمه كما يجوز لقاضي الضرورة القضاء بعلمه، جاء في *تحفة المحتاج*: «وللمُحْكَم أن يحيّكُم بعلمه، خلافاً لما نازع فيه، إذ لا وجه لمنعه»^(٢)، والمعتمد في المذهب أنه لا يجوز للمُحْكَم ولا لقاضي الضرورة الحكم بعلمه^(٣).

وقال الدميري: «والراجح أنه ليس له - أى المُحْكَم - أن يحكم بعلمه لانحطاط رتبته»^(٤).

على ما ذكره ابن حجر بقوله^(٥): «إن الحكم المستند إلى القضاء أقوى من الحكم

(١) قال السيوطي: «ولا يقضي القاضي بغير علمه بالإجماع»، جواهر العقود ح ٢ ص ٣٦٤، ويقول الإمام النووي: «وأجمع المسلمون على أنه لا يقضي - أى القاضي - على خلاف علمه وإن شهد به عدول كثيرون» فتاوى الإمام النووي المسماة المسائل المنشورة ترتيب علاء الدين بن العقاد ص ١٣٦ - دار الكتب العلمية بيروت، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٢) تحفة المحتاج هامش حاشية الشرواني وابن القاسم ح ١٠ ص ١١٩.

(٣) حاشية الشرواني وابن القاسم ج ١٠ ص ١١٩، جاء في نهاية المحتاج «وقضية كلامهم أن للمُحْكَم أن يحكم بعلمه وهو ظاهر، وإن زعم بعض المتأخرین خلافه، قال الأذرعی لم أر فيه شيئاً صريحاً، بشرط اجتهاده وكونه ظاهر النقوی والورع، ولكن المعتمد منع ذلك لانحطاط رتبته عن القاضی» ج ٨ ص ٢٤٣. فتاوى الرملی هامش الفتاوى الكبيری ج ٤ ص ١٢٤.

(٤) حاشية الرملی الكبير - هامش إسنى المطالب ج ٢ ص ٢٨٨.

(٥) طرق الإثبات الشرعية لفضيلة الشيخ أحد إبراهيم بك ص ٥١.

المستند إلى التحكيم، فالقاضي أعلى رتبة من المُحْكَم، فلا يلزَم من إلحاقة به في جواز الحكم المستند إلى السبب المتفق عليه من البينة والإقرار، إلحاقة به في جواز الحكم المستند إلى السبب المختلف فيه وهو علمه».

ما سبق يتضح أن غالبية الفقهاء لا يحizون للمُحْكَم أن يقضي بعلمه فيما يعرض عليه من منازعات، وهذا هو الواجب الاتباع خاصة في أيامنا هذه، إذ إن تهمة الميل والحيف في هذه الأيام قائمة أكثر من أي زمن مضى، لفساد الأخلاق وشروع ذلك في هذا الزمان، وأن الرضا بالتحكيم أو تعدد المحكمين لا يزيل التهمة، فالعبرة للأعم الغالب والمظان الكلية هي مناط الأحكام.

□ الإشهاد على الحكم:

يقصد بالإشهاد على الحكم إن ثبت المحكم أنه قد أصدر حُكْمَه في مجلس الحكم. إذ إن التحكيم عقد رضائي، ينعقد بتلاقي الإيجاب والقبول - والإشهاد هنا هو وسيلة المحكم في إثبات حكمه، وبالتالي فهو ليس شرطاً في صحة الحكم ولا ركناً في العقد ولا شرطاً من شروط انعقاده، وإنما هو شرط في ثبوته عند غير من أصدره، وإنما يلزم المُحْكَم الإشهاد على التحكيم قبل أن يصدر حكمه، حتى يتتجنب جحود الخصوم لتحكيمه بعد الحكم، فإذا لم يشهد على الرضا بحكمه، لا يقبل قوله بشأن ذلك. لأنه يدعى لنفسه ولایة عليها لتنفيذ قوله، وهو غير مصدق فيما يدعى به إذا كانا يحدان ذلك^(١). فالإشهاد إنما يكون لإثبات التحكيم لا لانعقاده^(٢).

وجاء في أدب القاضي للهارودي: «إذا حكم بينهما أى المُحْكَم أشهد به في المجلس

(١) كثاف القناع ج ٦ ص ٣٠٣، المسوط للسرخسي ج ٢١ ص ٦٣.

(٢) جاء في حاشية الدسوقي: «ولا يحتاج التحكيم إلى شهود تشهد على الخصمين بأنهما حكماء كما هو قضية كلام بعضهم» ج ٤ ص ١٣٥.

الذي حكم فيه قبل التفرق»^(١).

وجاء في أدب القاضي للخصاف «لو حكما رجلاً فحكم بينهما بحكم ولم يشهد على ذلك في المجلس الذي حكم فيه فإنه لا يصدق إذ قال قد حكمت بينهما بكتنا لأنه إذا حكم خرج عن التحكيم»^(٢).

والإشهاد على الحكم عند صدوره محل اتفاق الفقهاء^(٣)، وبه أخذت مجلة الأحكام الشرعية حيث نصت على أنه «لا يقبل قول المُحَكَّم برضاء الخصمين بحكمه، فينبغي للمُحَكَّم أن يُشهد عليهما بالرضا بحكمه قبل أن يحكم بينهما وأن يشهد على نفسه بحكمه»^(٤).

كتاب العدة في التحكيم

(١) ألموردي، أدب القاضي ج٢ ص ٣٨٤.

(٢) الخصاف شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٦.

(٣) الزيلعي، تبيان الحقائق ج٤ ص ١٩٤، العيني، العناية شرح المدایة ج٧ ص ٧١، الخرشي شرح الخرشي ج٧ ص ١٤٤، الخطيب، معنى المحتاج ج٤ ص ٣٧٩، قليري وعميره ج٤ ص ٢٩٨.

(٤) مادة ٢٠٩ أنظر القاري، مجلة الأحكام الشرعية ص ٦٠٧.

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْخَبَّارِ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْفَزْوَارِ

www.moswarat.com

الْبَابُ الرَّابِعُ

أَبْرَزُ الْتَّطْبِيقَاتِ الْمُعْلَيَّةِ
الْمُكَيْمِ فِي الْإِسْلَامِ

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْجَنْبَرِيِّ
أَسْكَنَهُ اللَّهُ الْفَزُورَكَسَّ

www.moswarat.com

الباب الرابع

أبرز التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام

ونتناول في هذا الباب الكتابة في أبرز تلك التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام. وذلك في ثلاثة فصولٍ نبدأها بالتحكيم بين الزوجين (الفصل الأول)، ثم التحكيم في حالات الحرب (الفصل الثاني)، وأخيراً التحكيم بين المسلمين في بلاد الغرب (الفصل الثالث)، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول

التحكيم بين الزوجين

قال ﷺ: (وَإِنْ خَفَتْ شِقَاقٌ بَيْنَهُمَا فَأَبْعِثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بِيَتَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْمًا حَبِيرًا) ٣٥ [النساء: ٣٥].

ولتوسيع ذلك يمكننا أن نتناول هذا الفصل من خلال مبحثان على النحو التالي:

ـ المبحث الأول: في إجراءات التحكيم.

ـ المبحث الثاني: في مهمة الحكمين.



المبحث الأول

في إجراءات التحكيم

ونتناول فيه: الشقاق الذي يوجب بعث الحكمين [أولاً]، وتعيين الحكمين [ثانياً] وشرط الحكمين [ثالثاً] ثم أثر غياب أحد الزوجين أو تغيير أهليته [رابعاً]. وذلك على النحو التالي:

□ أولاً: الشقاق الذي يوجب بعث الحكمين:

إن حقيقة الشقاق أن يصيّر هذا في شقٍّ وذاك في شقٍّ - بالكسر - أى ناحية، وأصله النصف، فإن الشيء إذا شقَّ شقين - صار نصفين^(١).

والشقاق هو الخلاف بين الزوجين، يقال شاقَّ مشقة، وشققاً أى خالفه. والله أعلم العليم الخبير، شرع من الوسائل التي من شأنها أن تقيد الوحدة والمردة والرحمة بين الزوجين إذا ما دب بينهما الخلاف.

ومن هذه الوسائل بعثُ الحكمين، ولكن هل يمكن استعمال هذه الوسيلة في أى وقت كان عليه الزوجان من آية أو ثمة خلافات كبيرة أو بسيطة، أم أن هناك حالات لبعث الحكمين دون سواها؟

والله أعلم أرشد كلاً من الزوجين إلى اتباع وسائل، إذا ما ظهر في جو الحياة الأسرية بـوادر الشقاق و前提是اته، فقال ﷺ: ﴿وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُورُهُمْ فَعَظُوْهُمْ وَأَهْجُرُوْهُمْ فِي الْمَضَارِعِ وَأَضْرِبُوْهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوْا عَلَيْهِنَّ سَكِيْلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْهِ أَكْبِرًا﴾ [النساء: ٣٤].

وهذه الوسائل التي شرعاها ربُّ العزة لعلاج نشوز الزوجة على النحو الوارد بالآية

الكريمة قد اختلف في تفسيره العلماء من حيث أن يتخير الزوج من هذه الوسائل: [الموعظة الحسنة - والهجر في المضجع - والضرب غير المبرح] أم له الجمع بينها جميعاً؟ وإن كان يجب أولاً وعظها، فإن لم يجد فالهجر، فإن لم يجد فالضرب، وعليه ظاهر المذهب عند الخنابلة، وبه قال بعض الشافعية^(١).

إلا أن الوسيلة إذا لم يحسن استعمالها، أو قام بها من لا يجدها لا تأتى بثمارها المرجوة منها بل ستؤدى إلى زيادة الشقاق بين الزوجين واستفحاله.

وفي المقابل فإن بعض الزوجات لا يجدهي معهن إلا الضرب، وبعضهن الهجر أشد وطأة على نفسها من الضرب، والبعض منها منهن الملامة تكفيها.

وفي الحقيقة فإن هذه الوسائل لا تخرج عن نطاق الأسرة بل الزوجين، ولا يطلع على إتيانها سوى الزوجين، وعليه فإن بعث الحكمين في مثل هذه الحالات، في غير محله، بل ويعتبر تعدى على حق جعله الشارع في يد الزوج لعلاج نشوز زوجته.

وكذلك خاطب الحق تعالى موضحاً لهن السبيل إذا ما خفن نشوز الأزواج أو إعراضهم عنهن فقال جل شأنه: ﴿وَإِنْ أُمْرَأٌ حَافَتْ مِنْ أَعْلَمَهَا نُشُوْزاً أَوْ إِعْرَاضَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]. ولا شك أنه لا مجال لبعث الحكمين إذا ما استخدمت هذه الوسيلة وتصالح كُلُّ من الزوجين.

وفي ذلك يقول الجعفري: «إن الله لم يجعل بعد الضرب للزوج إلا المحاكمة إلى من يُنصف المظلوم من الظالم ويوجه حكمه عليه .. فإذا اختلفوا وادعى النشوز، وادعى عليه ظلمه وتقصيره في حقوقها، حيثذا بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلهما

(١) الانصاف للمرداوي ج ٨ ص ٣٨٦، الفخر الرازي ج ١٠ ص ٩١، فتح البيان ومقاصد القرآن ج ٢ ص ٢٣١، الكافي في فقه الإمام أحمد ج ٢ ص ٧٦١.

ليتوليا النظر في أمرهما، ويردا إلى الحاكم ما اتفقا عليه من أمرهما^(١).
 - وقال مالك: «الأمر الذي يكون فيه الحكمان، إنما ذلك إذا افتح ما بين الرجل وأمرأته حتى لا تثبته بينة، ولا يستطيع أن يتخلص إلى أمرهما، فإذا بلغ ذلك بعث الوالى رجلاً من أهلها ورجلاً من أهله^(٢) وهذا الذي عليه أكثر المالكية^(٣). وإنما شرطوا بعث الحكمين تكرار الشكوى، فإذا اشتكتي أحدهما ضرر صاحبه، ولا بينة له رفض القاضي دعواه، فإذا عاد ورفع دعواه ثانية، كشف القاضي عن حاليها، فإن لم يتيسر له وخاف الشقاق بينهما بعث حكماً من أهله وحكماً من أهله^(٤).

إلا أن ابن العربي يرى أنه لا يُشترط بعث الحكمين اشتباه حال الزوجين حتى لا يُعرف المحق من البطل منهما، بل إن استمرار الزوجة في نشوزها وغلوائها، بعد استنفاد الوسائل التي شرعها الله تعالى من وعظ وهجر وضرب لعلاج ذلك النشوز، يرفع أمره إلى الحاكم فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها، وذلك بنص القرآن الكريم، فإن الله تعالى قال: ﴿أَلِّيَّالَّ فَوَمُونَ عَلَيَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]، فمن خاف من أمرأته نشوزاً وعظتها، فإن أبىت وإلا هجرها في المضجع، فإن اعورت وإلا ضربها، فإن استمرت في غلوائها مشى المحكمان إليها، وهذا إن لم يكن نصاً وإلا فليس في القرآن بيان.

قال سعيد بن جبير في قوله تعالى ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزُهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]^(٥) يعظها

(١) أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٣١.

(٢) المدونة ج ٥ ص ٤٩.

(٣) فتح الجليل ج ٢ ص ١٧٨.

(٤) التبصرة لابن فردون ج ١ ص ١١٨، د/الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٤٢٠.

فإن هي قُبِلت وإلا هَجَرَها، فإن هي قُبِلت وإلا ضَرَبَها، فإن هي قُبِلت وإلا بُعْثَ حَكِيمًا من أهْلِهِ وحَكِيمًا من أهْلِهَا^(١).

ويرى فضيلة المرحوم الشيخ أبو زهرة أن بعث الحكيمين يجب عند كل خلاف، عُرِفَ المسعُ منها أو لم يُعرَفَ، تكررت الدعوى أو لم تكرر فيقول: «والحقُّ أن تتحكِّمُ الحكيمين واجب عند كل خلاف بين الزوجين وذلك بنص القرآن»^(٢).

- أما في القانون:

جعل القانون إضرار الزوج بزوجته سببًا لطلب التطليق أخذًا بها في المذهب المالكي، فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا تستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب التطليق من القاضي، ويحييها القاضي إلى ذلك إذا ما ثبتت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما. فإذا لم تُثْبِتِ الضرر رَفَضَ دعواها، فإذا ما عادت الشكوى لإضرار الزوج بها ولم تُثْبِتِ الضرر بعث القاضي الحكيمين (١٩٢٩/٦م).

- فالقانون اشترط لبعث الحكيمين:

أولاً: أن يكون الإضرار من الزوج للزوجة، أما إضرار الزوجة بزوجها لا يُبيح له طلب التفريق سواءً ثبت الضرر أو لم يثبت، مع أن المالكية جعلوا إضرار أحد الطرفين بالأخر سببًا لطلب التفريق.

ثانيًا: عدم إثبات الضرر، أما إذا ثبتت الزوجة إضرار زوجها بها وطلبت التفريق، أجابها القاضي إذا عجز عن الإصلاح بينهما بطلقة بائنة، أما إذا لم تطلب التفريق، وأثبتت الضرر كان للقاضي رَجْرَهُ بها يراه مناسباً، وإذا لم تُثْبِتِ الضرر رَفَضَ دعواها^(٣).

(١) أخرجه الطبرى جـ ٥ ص ٧١.

(٢) الأحوال الزوجية قسم الزواج ص ٣٦٤ لفضيلة الشيخ أبو زهرة.

(٣) الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٥٦٣، فرق الزواج للشيخ على الحفيف ص ٢١٠، أحكام الأسرة في الإسلام د/ محمد سلام مذكور جـ ٢ ص ١٥٤.

ثالثاً: تكرار الدعوى لا يكفي لبعض الحكمين أن تدعي الزوجة إضرار زوجها لها وعدم استطاعتها إثبات الضرر، بل اشترط القانون أن تكرر دعواها للضرر، ويجب أن يكون رفض الدعوى الأولى لعدم استطاعتها إثبات الضرر لا لسبب آخر كعدم صحة الدعوى أو لعدم ثبوت الضرر الذي تدعيه، ويجب عدم استطاعتها إثبات الضرر في الدعوى الثانية، أما إذا ثبته وطلبت التفريق أجابها القاضي بطلقة بائنة^(١).

وذهب القضاء إلى أن ظهور التلقيق في دعوى التطليق لا يمنع عن تكرار الشكوى من بعث الحكمين^(٢).

وروى أن رجلاً وزوجته اختصاً فترافقاً إلى عمر، وأحدهما من بنى هاشم والآخر من بنى عبد شمس فبعث ابن عباس وعثمان حكمين بين الزوجين، فرجعاً ولم يصلحاً فقال لها عمر: ما قصدتما وجه الله فإن الله يقول: **إِنَّ يُرِيدَ اللَّهُ إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بِيَنْهَمَا** [النساء: ٣٥].

إذن فينبغي على الحكمين أن ينويا الإصلاح ويُخلصاً في تلك النية لوجه الله تعالى .. إذ إن من حُسِنَتْ نيته أصلح الله مبتغاها، وكان سبباً في حصول ما يُهُدِّفُ إليه من إصلاح وليس أدلًّ على ذلك من تلك الآية الكريمة التي ذكرناها.

ولذا توجه الحكمان باشرأ أمرهما وسألاً عن بطنيهما^(٣)، وأوجب القانون السوري،

(١) مجلة المحاماة الشرعية السنة الثامنة ص ٢٩٩، محكمة أطسا الشرعية، الحكم الصادر في ١٨ ربيع الثاني لسنة ١٣٥٦ هـ الموافق ٢٧/٦/١٩٣٧ م.

(٢) مجلة المحاماة الشرعية السنة الرابعة العدد السابع والثامن ص ٦٢٧، محكمة مصر الابتدائية ٣٠ ذو القعدة ١٣٥٠ هـ - ٦ إبريل ١٩٣٢ م.

(٣) جواهر الأخبار بهامش البحر الزخار ج ٤ ص ٩٠ نقلًا عن الانتصار - وفي إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٥١ - بعث عمر رضي الله عنه إلى زوجين فعاد ولم يصلح أمرهما، فعلاه بالذلة وقال: إن الله تعالى يقول: **إِنَّ يُرِيدَ اللَّهُ إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بِيَنْهَمَا** فعاد الرجل وأحسن النية وتلطف بهما فأصلح بينهما - هامش عقد التحكيم قحطان الدوري المرجع السابق ص ٤٠٣.

ومثله القانون الليبي، والقانون المصري، تحلىفَ الحكمين اليمين على أن يقوما بما مهتمهما بعدل وأمانة ولم يشترط ذلك فقهاء المذهب^(١).

وبعد أن يقوم كل من الحكمين بالإطلاع على حالة الزوجين فينبغي أن لا يخفى أحد الحكمين عن الآخر شيئاً إذا اختلف به.

ويخلص دورهما في الإنصاف باستعمال الترغيب والتخييف وان يلطفا القول، ولا يخفا بذلك أحدهما عن الآخر ليكون أقرب للتفقق بينهما^(٢). وقوهُما نافذ في الجمع بينهما وإن لم يوكلا الزوجان بإجماع الفقهاء، لأن غاية بعث الحكمين هو الإصلاح. وقد استمدَّت هذا الحكم المادة التاسعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المصري، حيث ورد فيها «على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جُهْدَهُما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة»^(٣).

وأجمع العلماء على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفرد قوهُما، وأجمعوا على أن قوهُما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين.

□ ثانياً: تعيين الحكمين:

اختلف الفقهاء فيمن له سلطة تعيين الحكمين، وأساس هذا الاختلاف قوله تعالى:

﴿وَإِنْ خَفَتْ شِقَاقٌ بَيْنَهُمَا فَأَبْعَثُوا﴾ [النساء: ٣٥].

(١) عقد التحكيم .. د/ الدوري المراجع السابق ص ٤٠٤، الخطاب جـ٤ ص ١٧، نقلًا عن ابن عرفة والمطيطي وابن منخون وغيرهم وتكرر عبارتهم: «فإذا وقفا على حقيقة أمرهما أصلحاً إن قلرا وإن فرقاً»، عزة قطرة، المراجع السابق ص ٤٧.

(٢) عقد التحكيم، د/ الدوري، المراجع السابق ص ٤٠٦، الإقناع وعليه كشاف الفناء جـ٥ ص ٢١١.

(٣) مادة ٨ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري التي علق عليها فرق الزواج - الخفيف ص ٣١١، والأحوال الشخصية للذهبي ص ٣٠٦، ونحو هذه المادة أيضًا ما ورد في المادة ٤٠/٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمادة ١١٣، ١١٤ من القانون السوري، المادة ٧ من القانون الليبي.

فيري جمهور الفقهاء أن المأمور ببعث الحكمين هو الحاكم أو من ينوب عنه، لأن الحاكم هو المنوط به تنفيذ الأحكام الشرعية، والنظر بين الخصوم، والمانع من التعدي والظلم^(١).

وقال الجصاص في تفسيره لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خَفَتْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوْا كُوْمَةً أَوْ أَنْ يَكُونَ خَطَابًا لِلْحَاكِمِ النَّاظِرِ بَيْنَ الْخَصْمِينَ وَالْمَانِعُ هُوَ التَّعْدِيُ وَالظُّلْمُ . ثُمَّ قَالَ: «عَلَى أَنَّ الَّذِي مِنْ أَهْلِهِ وَكَيْلَ لَهُ وَالَّذِي مِنْ أَهْلِهَا وَكَيْلَهَا، كَأَنَّهُ قَالَ جَلَّ شَانَهُ فَابْعَثُوا رَجُلًا مِنْ قَبْلِهِ، وَرَجُلًا مِنْ قَبْلِهَا»^(٢).

ويرى البعض أن الخطاب عام لجميع المسلمين، فقوله تعالى: «فَابْعَثُوْا» نص عام لم ينحصر فيبقي على عمومه، ومحله على بعض أفراده ليس أولى من محله على البقية، وإن بعث الحكمين في الشقاق بين الزوجين يجري مجرى دفع الضرر لكل واحد القيام به^(٣). ويقول الطبرى في ذلك^(٤): «إِنَّ اللَّهَ خَاطَبَ الْمُسْلِمِينَ بِذَلِكَ وَأَمْرَهُمْ بِبَعْثِ الْحَكَمَيْنَ عَنْ خَوْفِ الشِّقَاقِ بَيْنَ الْزَوْجَيْنِ لِلنَّظَرِ فِي أَمْرِهِمَا . وَلَمْ يُجَعَّصْ بِالْأَمْرِ بِذَلِكَ بَعْضَهُمْ دُونَ الْبَعْضِ».

وفي ذلك أيضا قال السدى وابن عباس والشافعى في قول: إن الحكمين عندهم وكيلان لا حاكمان لا يفعلان إلا ما وُكلا به من قبل الزوجين، وليس للحاكم أن يبعث

(١) ابن كثير ج ١ ص ٤٩٣، المتنى ج ٤ ص ١١٣، القرطبي ج ٥ ص ١٧٥، تفسير الخازن ج ١ ص ٣٨٢
محاسن التأويل للقاسمي ج ٥ ص ١٢٢٥ - وقال ربيعه: لا يبعث الحكمين إلا السلطان - المدونة ج ٥ ص ٥٣، ويقول ابن العربي: «من قال إن المخاطب الزوجان فلا يفهم كتاب الله، وأما من قال إن المخاطب هو السلطان فهو الحق» أحكام القرآن ج ١ ص ٤٢٣.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٢٢١.

(٣) يراجع الفخر الرازى ج ١٠ ص ٩٢، تفسير الخازن ج ١ ص ٣٨٢.

(٤) جامع البيان للطبرى ج ٥ ص ٧٥.

الحكمين دون رضاهما.

* حكم القانون:

جاء في القانون أن تعين الحكمين في مسألة الشقاق بين الزوجين مرجعه للقاضي، فنصت المادة ٦٥ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه إذا رفض طلب الزوجة ثم تكررت الشكوى ولم تثبت الضرر بعث القاضي حكمًا.

□ ثالثاً: شروط الحكمان:

استلزمت الآية في مسألة التحكيم في الشقاق بين الزوجين شرطًا عامة تناولها على النحو التالي:

حيث يظهر من قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥]. أن يكون الحكمان من الأهل، وذكرت التعدد كما في آية الصيد في قوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِمْ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدah: ٩٥]. فهل يمكن تحكيم غير الأهل وهل يجزئ تحكيم الواحد؟

* آراء المذاهب الفقهية في شرط الأهل:

- قال الشافعية والحنابلة: إن شرط الأهل شرط أولوية، فالمستحب أن يكون الحكمان من الأهل، كما أجاز تحكيم غير الأهل ولو مع وجود الأهل، وإذا كانا من غير الأهل فجائز، إذ إن القرابة ليست شرطًا لا في الحاكم ولا الوكيل.

- كما يقول الشافعى أيضًا: المستحب أن يبعث الحاكم عدلين و يجعلهما حكمين والأولى أن يكون واحد من أهله و واحد من أهلهما، لأن أقاربهما أعرف بحالهما من الأجانب وأشد طلبًا للإصلاح فإن كانا أجنبيين فجائز“.

(١) تفسير الخازن ج ١ ص ٣٨٢، تفسير الفخر الرازى ج ١٠ ص ٩٣.

واشترط المالكية وبعض الحنابلة^(١) وأبن حزم^(٢) أن يكون الحكم من الأهل إن وجد، فعلى الحاكم أن يبعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلهما، لنص الآية، فإذا لم يوجد الأهل، كان يكون الزوجان لا أهل لهما، أو وُجِدَ الأهل دون أن تتوافر فيهم الصلاحية لهذه المهمة، أو توافرت فيه الصلاحية ولكن لم يتمكن من بعثه كان له أن يبعث حكمين عدلين فقيهين من غيرهما، ويستحب أن يكونا جارين^(٣).

ولكنَّ سؤالًا يطرح نفسه .. إذا بعث الحاكم غير الأهل مع وجود الأهل، هل يبطل حكمه أم لا؟

في المذهب تَرَدُّد، ظاهر المذهب النقض، لظاهر الآية^(٤).

- ويقول الخرشي: «يشترط وجوهًا كون الحكمين من أهل الزوجين مع الإمكان، ولا يجوز للحاكم أن يبعث أجنبيين مع وجود الأهل ولو واحدًا»^(٥).

- ويقول القرطبي: «والحكمان لا يكونان إلا من أهل الرجل والمرأة، إذ هما أقعد بأحوال الزوجين .. فإن لم يوجد من أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما عدلين»^(٦).

وإذا كان العبث من قبل الزوجين، كان لهما بعث الأهل وغير الأهل ولو مع وجود

(١) يقول ابن تيمية: ووجوب كونهما - أى الحكمين - من أهلهما هو مقتضى كلام الخرقي، فإنه اشترطه كـ اشتراط الأمانة، وهذا أصح، فإنه نص القرآن. ولأن الأقارب أخبر بالعلل الباطنة وأقرب إلى الأمانة والنظر في المصلحة، الاختيارات الفقهية ص ٢٤٩.

(٢) المحلي ج ١١ ص ٣١٩ بند ١٩٢٥.

(٣) القرطبي ج ٥ ص ١٧٥، أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٤٥٦، البهجة شرح التحفة ج ١ ص ٣٠٩، منح الجليل ج ٢ ص ١٧٨.

(٤) حاشية الصاوي مع الشرح الصغير ج ٣ ص ٣١٣.

(٥) الخرشي ج ٤ ص ٨.

(٦) تفسير القرطبي ج ٥ ص ١٧٥.

الأهل، وذلك حسب ما يريان أن فيه ما يتحقق مصلحتها. لأن اشتراط الأهل إنما هو حق للزوجين ويملكان إسقاطه ولأن لها تسوية أمرهما دون الأهل، فكان لها تحكيم غير الأهل فيما يملكان فعله بأنفسهما والتحكيم جائز^(١).

* حكم القانون:

على غرار المذهب المالكي اشترط القانون أن يكون الحكمان من الأهل ما أمكن ذلك، وإلا كان للقاضي بعث حكمين من غير الأهل من لهم خبرة بحال الزوجين، قادران على الإصلاح بينهما^(٢).

- شروط التعدد وهل يجزئ إرسال الواحد:

يقول الله تعالى: ﴿فَإِبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ فهل التعدد شرط في صحة الحكم أم أنه يجزئ إرسال الواحد؟

يتضح من ظاهر الآية أنه يلزم توافر شرط التعدد في التحكيم للشقاق بين الزوجين، كما في جزاء الصيد، فلا يجزئ إرسال الواحد من الأهل أو من غير الأهل للنظر في الشقاق بين الزوجين على الصحيح عند الشافعية^(٣).

- وقال المالكية: يجزئ إرسال الواحد؛ لأن الله تعالى حكم في الزنا بأربعة شهود، وقد

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٢٣٠.

(٢) المادة ٧ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تنص على أنه يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإن من غيرهم من لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما. وهو نفس الحكم في القانون الأردني، فنصت المادة ١٣٢ فقرة جـ على أنه «يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وإن لم يكون أحدهما من أهل الزوجة والأخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوى الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح».

(٣) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٦١، نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٢.

أرسل رسول الله ﷺ إلى المرأة الزانية أنيساً وحده، وقال له: [إِنْ أَعْرَفْتُ فَأَرْجِعْهَا] (١).
وإذا استطاع الزوجين أن يسويا خلافاتهما دون اللجوء إلى القضاء أو التحكيم كان
لهم ذلك، فكذلك لهم أن يجعلان أمرهما إلى من يكون أهلاً للنظر فيه قريباً كان أو بعيداً.
- وقال سحنون: إذا كان ذلك - أى التحكيم - منهم (أى من الزوجين) إلى رجل
واحد اجتمعا عليه، هل يكون بمنزلة الحكيمين لهم جميعاً.

- قال ابن القاسم: نعم إنما هي أمورهما التي لو أخذها دون من يحكم فيها كان ذلك
لهم، وكذلك هي لمن جعلاها إليه إذا كان يستأهل أن يكون من يجعل ذلك إليه (٢).
هذا إذا كانت القولية لواحد من الزوجين.

- أما إذا كان البعث من الحاكم أو الوالي ففيه خلاف:
بعض المالكية ذهب إلى أنه لا يجوز للحاكم ولا الوالي تحكيم الواحد قريباً كان أو
بعيداً، بل لابد من توافر شرط التعدد، لأن ذلك يتضمن إسقاطاً لحق الزوجين، ولا
يملكان إسقاطه.

والبعض فرق بين ما إذا كان البعث من الحاكم أو الوالي الأجنبي - عن الزوجين أو
لقريبهم - فإذا كان التحكيم للأجنبي صَحَّ ونَفَدَ حكمه، لأن اختصاص العدد
بالأهل في الآية الكريمة لتهمة الميل إذا كان قريباً لأحدهما، أما إذا كان التحكيم
للأجنبي يصح وينفذ حكمه لعدم التهمة، وإذا كان البعث لقريبهم على السوية
فحكمه حكم الأجنبي لعدم التهمة، وإذا كان التحكيم لقريبهم أو لأحدهما فإنه لا
يصح اتفاقاً بل لابدًّ من توافر العدد (٣).

(١) رواه مسلم في كتاب الحدود ج ٢ ص ٥٣، الطحاوي في مشكل الآثار ج ١ ص ٢٢.

(٢) المدونة للإمام مالك ح ٥ ص ٥٠.

(٣) يراجع الخرشي ج ٤ ص ١١، حاشية العدوى هامش الخرشي نفس الصفحات.

وجاز تحكيم شخص واحد في الشقاق بين الزوجين دون التحكيم في جزاء الصيد مع أن النص قد ورد في كلا الموضعين بتحكيم اثنين، لأن الحكمين في جزاء الصيد في حق من حقوق الله تعالى، ولا يملك أحد إسقاطه، وفي الشقاق بين الزوجين إنما هو حق لهما فكان لها إسقاطه، لذا صح تحكيم رجل واحد من قبل الزوجين قریباً كان أو بعيداً^(١).

□ رابعاً: تغيب أحد الزوجين أو تغير أهليته:

قد تغير أهلية أحد الزوجين أو كليهما أو كليهما أو أحدهما قد تغيب عن حضور جلسات الحكمين فما أثر ذلك على مهمة الحكمان؟

بمعنى هل يستمر الحكمان في نظر الشقاق بين الزوجين أم أنه ينقطع نظرهما؟ اختللت إجابة الفقهاء في صفة الحكمين هل هما حاكمان أم وكيلان^(٢).

أ - فإذا كانا وكيلين باعتبارهما، فإن غياب أحد الزوجين بعد البعث لا يمنع الحكمين من الاستمرار في نظرهما للشقاق، لأن غياب الموكّل لا يمنع الوكيل من القيام بالعمل الموكول به.

وإذا جُنَاحَ أحدهما أو أُغْمِي عليه بعد البعث، ولو بعد أن أبلغ الحكمين رأيه، ينقطع نظر الحكمين، لأن الوكالة تنتهي بالإغماء والجنون^(٣).

ب - أما إذا كان على اعتبار الحكمين حاكمين لا وكيلين، فإنه بغياب أحدهما ينقطع نظر الحكمين، فإذا ما حكما فإن حكمهما غير نافذ لعدم جواز الحكم على الغائب، وإذا أُغْمِي على أحدهما أو جُنَاحَ بعد البعث لم ينقطع نظر الحكمين ولهم الاستمرار في نظر

(١) الخروشي ج٤ ص ١١.

(٢) يراجع زاد المعاد ج٥ ص ١٩١، الانصاف للمرداوي ج٨ ص ٣٨١، كشاف القناع ج٤ ص ٢١١، نهاية المحتاج ج٥ ص ٣٩٢.

(٣) الكافي في فقه أحادي ج٢ ص ٧٦٣، كشاف القناع ج٤ ص ٢١٨، الفروع الصحيحة ج٣ ص ١٥٥.

الشقاق، وأمرهما نافذ لأنه يجوز الحكم على المجنون، وفي المغنى والمحرر ينقطع نظرهما لعدم الشقاق. إذ إن وجود الشقاق إلى حين الحكم وحضور المتدعين شرط لصحة الحكم، فإذا جن أحدهما انقطع نظر الحكمين لعدم تحقق الشرط^(١).

* حكم القانون:

تنص المادة ٩ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه: «لا يؤثر على سير عمل المحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره». ويستفاد من ذلك أن القانون لم يجعل لتغيب أحد الزوجين أو امتناعه عن حضور جلسات التحكيم أثراً على عمل الحكمين، إذا ما تم إخطاره إخطاراً صحيحاً، فللحكمان الاستمرار في نظر الشقاق بين الزوجين، والوقوف على أسبابه، وإبداء الرأي، ومن تم رفع التقرير في الميعاد المحدد وفقاً لقرار المحكمة، وذلك بغض النظر عن امتناع عن الحضور من الزوجين.



(١) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٠، المحدد في الفقه ج ٢ ص ٤٤.

المبحث الثاني

مهمة الحكمين

* الإصلاح بين الزوجين:

يقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْرَوْهُ فَاصْلُحُوْهُ بَيْنَ أَخْوَيْكُوْنَ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرَحَّمُوْنَ﴾ [الحجرات: ١٠]

ويقول جل شأنه: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨].

ويقول أيضاً رسول الله ﷺ: «الصلحُ جائزٌ بين المسلمين إلا صلحًا حرامٌ حلالاً أو أحَلَّ حَرَاماً»^(١).

وما تقدم يتضح لنا أن نصوص القرآن الكريم والسنّة النبوية الشريفة تأمر بالصلح وتحث عليه، ذلك لأن في الصلح الترابط والوئام بين طرف في الأسرة، وقطعاً للخصومات وإصلاح ذات البين، على خلاف حكم القاضي الذي يورث الحقد، واستفحال الضغائن بين الأفراد، وإن كان أيضاً إلى فصل الخصومات، إذ إن طرح النزاع بين الزوجين أمام القضاء غالباً ما يتنهى إلى الشقاق والفرقة بين الزوجين.

فإذا أدركتنا أن التحكيم لا يُحدث مثل تلك السلبيات والإصلاح بين الزوجين، لا يعتبر تحكيم بالصلح على ما هو عليه في القوانين الوضعيّة، لأن الحكمين في الشقاق بين الزوجين يقومان بهذه المهمة، إتباعاً لنص القرآن، وإن لم يوكلاهما الزوجان، في حين أن المحكم في التحكيم بالصلح في القانون الوضعي لا يقوم بهذه المهمة، إلا إذا كان مفوضاً بالصلح من قبل المحكمين إليه، واتضح من إرادة الخصوم وضوحاً تماماً

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث أبي هريرة ج٦ ص٦٣.

صريحاً، أنها قصداً إسناد هذه المهمة للمُحْكَم^(١).

* حكم القانون:

للمُحْكَمِين التعرف على أسباب الخلاف بين الزوجين المتخاصمين، وأن يبذلوا في ذلك جهدهما بغرض الإصلاح بينهما على أية طريقة يريانها مكنته، ولهما الاستعانة في سبيل تحقيق ذلك بما يسمعان من الأقارب والجيران، ومع من يكون من شأن التعاون معه الوصول إلى تحقيق الإصلاح أو يؤدي إلى كشف حالهما.

- سلطة الحكيمين في التفريق بين الزوجين:

إن المهمة الأساسية هي بذل الجهد في الإصلاح بين الزوجين، ولكن إذا لم يُوفَّقا في الإصلاح هل لها التفريق بينهما بعوضٍ أو بغيره، دون رضا الزوجين، أم أنه لا بد من رضاهما في التفريق سواء كان بمقابل أم بغير مقابل؟

لإجابة على هذا السؤال يجب الوقوف على صفة المُحْكَم هل هو حاكم أم وكيل؟

والفقهاء في هذا على رأيين:

□ الرأي الأول: ويرى أن الحكيمين حاكمان لا وكيلان، وعليه فلهما أن يضعوا ما يريانه من جمع أو تفريق دون رضا الزوجين، كحاكم الإمام، فلهما التفريق بين الزوجين بعوضٍ وبغير عوضٍ، ولو لم يرِض الزوج الذي يملك الطلاق أصلاً، ولهما - الحكيمان - أن يختلعا بشئ من مال الزوجة، وإن لم تأذن بذلك، وبهذا الرأي قال مالك والأوزاعي وأسحاق، وهو مروي عن عثمان وعلي وابن عباس والشعبي، والنخعي والشافعي في قول وعليه الجمهور.

□ الرأي الثاني: ويرى أن الحكيمين وكيلان لا حاكمان، ويرى في مهمة الحكيمين

(١) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري ص ٣٨.

أنها مقصورة على الإصلاح بين الزوجين، وليس لها أن يُفرقا بينهما بعوض أو بغيره إلا برضاء الزوجين وتوكيلاهما، فيوكل الزوج الحكم الذي من قبله بطلاق أو خلع، وتوكل الزوجة الحكم الذي من قبلها بقبول الطلاق أو بذل العوض، فما حكمها به من تفريق أو خلع ينفذ بلا خلاف، وبه قال عطاء والحكم، والحسن البصري وأبو ثور وهو مذهب أبي حنيفة^(١).

- سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين في القانون:

نصت المادة ١٠ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه «إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

- ١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.
- ٢- وإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدر أنه تلزمه به الزوجة.

٣- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

- ٤- وإن جهل الحال فلم يعرف الشئ منها اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

وعلى الحكمين أن يرفقا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها.

* قرار الحكمين:

تنتهي إجراءات التحكيم في الشقاق بين الزوجين بقرار يصدر من الحكمين بما

(١) يقول إسماعيل القنوي في حاشيته على البيضاوي: «و قال عليا ونا الحنفية، إن كانت الإساءة من الزوج فرقا بينهما، وإن كانت منها فرقا على بعض ما أصدقنا كذا فيل وفيه إجحاف وإهمال، لأن هذا إن كان في صورة الوكالة في الجمع والتفرق فلا كلام فيه وإنما فقيه إشكال»، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٢٣٩.

اتفقا عليه الحكمان في الجمع بين الزوجين نافذ بالإجماع وإن لم يوكلهما الزوجان^(١). وقرار الحكمين بالتفريق بين الزوجين بعوض وبغير عوض نافذ في مواجهة الزوجين، ظاهراً وباطناً وافق رأي القاضي أم خالقه، وسواء قلنا إن الحكمين وكيلان أم حاكمان، إذ إن الحكمين لو كانوا مقامين من قبل الزوجين، فقرارهما نافذ سواءً بالجمع أو التفريق في مواجهة الزوجين، وإن لم يرضيا به أو أحدهما أو الحاكم، فأولى إذا أقامها الحاكم^(٢).

وإذا اتفقا الحكمان على التفريق واحتلما على المقابل، كأن أحدهما بالتفريق بمقابل الآخر بغير مقابل، فلا يلزم الزوج الطلاق إلا إذا التزمت الزوجة بالمقابل، فإذا التزمت بالمقابل، الذي قضى به أحدهما لزم الطلاق للزوج، وإذا اتفقا الحكمان على التفريق، واحتلما على مقدار المقابل أو صفتة أو نوعه، يقع الطلاق ويكون الواجب خلع المثل^(٣).

وإذا طلق أحدهما ثلثاً والآخر واحدة، قيل تتفقد واحدة ويلغى ما زاد كالشاهدين إذا اختلفا بالعدد قضي بالأقل، وهو قول عبد الملك وابن الواز^(٤)، وقيل لا ينفذ طلاقهما لعدم اتفاقهما على المضي به، حكاه ابن حبيب عن أصبع^(٥)، وذكره الخصاف في أدب القاضي^(٦).

أما إذا لم يتفقا الحكمان على شيء، بعث القاضي غيرهما، حتى يجتمعوا على شيء، فإن

(١) ابن كثير ج ١ ص ٤٩٣.

(٢) يراجع الشرح الصغير ج ٣ ص ٣١٣، الكاف في فقه أهل المدينة ج ٢ ص ٥٩٦.

(٣) الشرح الصغير ج ٣ ص ٣١٣.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٤٢٧، القرطبي ج ٥ ص ١٧٧.

(٥) القرطبي ج ٥ ص ٧٧.

(٦) أدب القاضي للخصاف شرح الجصاص ص ٥٥٨ بند ٦٨٣.

امتنع الزوجان على رأي من ذهب إلى أن الحكمين هنا وكيلان عنهم لا يجبرهما الحاكم على البعض، وأدب القاضي الظالم منها، واستوفى للمظلوم حقه^(١). وقيل يجبرهما، فإن امتنعا بعث الحاكم حكمين وجعل لها الجمع والتفريق^(٢).

مِنْهُمَا مِنْهُمَا مِنْهُمَا

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٩٢، حاشية الباجوري على بن القاسم ج ٢ ص ١٢٩.

(٢) الانصاف للمرداوي ح ٩ ص ٣٨١.

الفصل الثاني

» التحكيم في حالات الحرب «

* تعريف الحرب، ولماذا الحرب:

الحرب في الشريعة الإسلامية ليست هدفًا يتمناه المسلمين، وإن كان الصراع بين الحق والباطل قائم حتى قيام الساعة، لذا قال رسول الله ﷺ: «الجهاد ماضٍ حتى قيام الساعة»^(١). والحرب هي صراعٌ بين دولتين أو أكثر، يستخدم فيه المتصارعون قواتهم المسلحة بقصد التغلب على بعضهم، وفرض شروط الصلح على المغلوب كما يشاورها الغالب^(٢). ولما للحرب من دمار وخراب وإراقة دماء بريئة، فهي أمر لا تغيل إليه طبائع البشر وتنفر منه النفوس البشرية، لما تخلفه الحرب من آثار ونتائج سلبية على البشرية، إلا أنه مع هذا فالشرع السماوية والقوانين الوضعية تعرف بها كوسيلة لبلوغ غايات وتحقيق أهداف، قد تكون سياسية أو اقتصادية لا يمكن الوصول إلى تحقيقها إلا بسبيلها، حتى إنها أصبحت ظاهرة اجتماعية.

ومع ذلك فالحرب في الشريعة الإسلامية لم تكن هدفًا يتمناه المسلمين ويتطلعون إليه رغبة في سفك الدماء أو لسلب خيرات الشعوب أو لحمل الناس على الدخول في دين الإسلام، فالحق ﷺ يقول: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦]. والإسلام قد أباح الحرب ولكنه لطفٌ من جديتها، حتى جاوز ما أدخلته المدنية عليها بمراحل كثيرة:

□ أولاً: أن تكون لغرض مشروع كالدفاع عن الحوزة، لا لهوى ملك ولا متابعة

(١) رواه أبو داود في كتاب الجهاد ج ٣ ص ١٨ رقم الحديث ٢٥٣٢، ورواه سعيد بن منصور في سنته ج ٢ ص ١٤٣ رقم الحديث ٢٣٦٧.

(٢) أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية للدكتور حامد سلطان ص ٢٤٥.

لإطاع رئيس.

□ ثانياً: أن تكون الرحمة شعار المؤمنين، فلا يقتلون طفلاً ولا امرأة ولاشيخاً، ولا رجلاً دين ولا مستسلماً، ولا امرأة ولا أحداً من خدام المحاربين، ولا أن يحرقوا دُور أعدائهم، أو يقطعوا أشجارهم.

□ ثالثاً: أن لا يسرفوا في استهار انتصارهم، فلا يُبَرِّدُون المغلوبين من حقوقهم ولا يُصادرون أموالهم، ولا يضطهدونهم لدينهم، ولا يتغاضون منهم إلا الجزية، وهي مبلغ من المال.

ولم يُهتم الإسلام مع هذا كله أن يشير على ذويه بأنه لو جاء وقت تعتبر فيه الحرب من الوسائل الوحشية، عندما تصل الإنسانية إلى درجة من الرقى تسمح للمتخصصين أن يحلوا منازعاتهم بالتحكيم، فعليهم مسيرة هذا التطور العظيم، ويدخلوا فيها دخل فيه الناس من النظام الجديد فقال عليه السلام: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلْسَّلْمِ فَاجْنَحْهُ لَهُ وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [الأنفال: ٦١].

ويحضرني في هذا المقام ما جاء به الكاتب الإسلامي «محمد فريد وجدي» في مؤلفه «من معالم الإسلام»^(١) من قول للمسيو (هنري دو كاستري) وهو أحد حكام الجزر السبعين، في

كتابه (الإسلام-تأثيرات ودراسات): *L'Islam, impressions et études*:

بعد أن دان العرب للإسلام، واستنارت قلوبهم بهذا الدين، بروزاً في حال جديدة أمام أهل الأرض كافية، هو حال المسالمة وحرية الأفكار في المعاملات، إتساراً منهم بما ورد في القرآن من الإيمان بمحاسبة الناس، بعد تلك الآيات التي كانت تنذر القبائل المارقة: إلى أن قال:

«هكذا كانت تعاليم النبي ﷺ بعد أن دخل العرب في الإسلام، وقد اقتضى أثره فيها

(١) من معالم الإسلام، للكاتب محمد فريد وجدي، طبعة خاصة تصدرها الدار المصرية اللبنانية ضمن مشروع مكتبة الأسرة لمهرجان القراءة للجميع، سنة ٢٠٠٠، ص ١٠٤، ١٠٧.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

خلفاؤه من بعده، وذلك يُضطرنا إلى القول بما قاله قبلنا «روبنسون» وما زال «هنري دو كاستري» مستطرداً في قوله، أن شيعة محمد (عليه الصلاة والسلام) هم وحدهم الذين جمعوا بين محسنة الأجانب، ومحنة انتشار دينهم.

هذه العاطفة هي التي دفعتهم في سبيل الفتح، وهو سبب لا حرج فيه، فنشر القرآن جناحيه خلف جيوشه الظافرة، إذ أغروا على الشام، وانقضوا انتصارات الصواعق على أفريقيا الشمالية من البحر الأحمر إلى المحيط الأطلسي، ولم يتركوا أثراً للعَسْف في طريقهم (تأمل)، إلا ما كان لا بدًّ منه في كل حرب، فلم يبيدوا أقطَّ أمَّة أبَّت الدخول في الإسلام».

ثم قارن المسيو (هنري دو كاستري) بين هذه الرحمة والعطف من الإسلام، وبين الشدة والروح الحربية في الأديان التي تقدمته، فنقل عن الكتاب الخامس من الزبور قوله: [إِذَا اقتربت من مدينة لتحاصرها فاعرض عليها الإيمان، فإن قبلته فقد سلم كل من فيها، وإن أبَتْ وبادَتْ بالعدوان فشدد الحصار عليها، ومتى وفتك الله للظفر بها فأحطم رأسَ كُلِّ ذَكْرٍ فيها بِحَدِّ الْحَسَامِ] ... وذلك إلى أن قال:

«وَهَذِهِ الْمَحَاسِنُ الْعَظِيمَةُ مِنْ جَهَةِ الْمُتَّصِرِ لِلْمَقْهُورِ هِيَ الَّتِي أَصْعَفَتْ تَأْثِيرَ الْدِيَانَةِ الْنَّصْرَانِيَّةِ جَدًا، ثُمَّ زَالَتْ بِالْمَرَّةِ مِنْ شَمَائِلِ أَفْرِيَقِيَا. عَلَى أَنَّ الْإِسْلَامَ لَمْ يَكُنْ لَّهُ دُعَاءٌ يَقُومُونَ بِنَسْرَتِهِ. فَلَمْ يُكُرِّهُ عَلَى الْأَخْذِ بِهِ أَحَدًا بِالسِّيفِ وَلَا بِاللِّسَانِ، بَلْ دَخَلَ الْقُلُوبَ عَنْ حُبٍّ وَخَيْرٍ. وَكَانَ هَذَا مِنْ آثَارِ مَا أُودِعَ فِي الْقُرْآنِ مِنْ صَفَاتِ التَّأْثِيرِ وَالْأَخْذِ بِالْأَلْبَابِ».

ولقد زادت محسنة المسلمين للمسيحيين في بلاد الأندلس حتى صاروا في حالة أهنا من التي كانوا عليها أيام خضوعهم لحكم قدماء الجرمانيين الذين يقال لهم (الفريجو)، هذه نبذة عن أثر الفتوح الإسلامية، والحروب التي شنها المسلمون على الأمم بقصد نشر الدعوة كما طلبه الحق إليهم، وكفّهم بالقيام به، وهي سيرة لا يوجد لها مثيل في التاريخ الديني أو الاجتماعي لأمة من أمم الأرض.

ذلك أن الأصل في العلاقات الدولية في الإسلام السلام، وال الحرب إنما شرعت لأحد أمرين:

□ الأمر الأول: إما لردع الاعتداء عن المسلمين ودفع الشر عنهم وذرًا كل فتنه، وكل ما من شأنه أن يعكر أمنهم، وطمأنيتهم على أنفسهم، وأموالهم وأعراضهم، ومعتقداتهم، وفي ذلك يقول الحق ﷺ: **فَمَنْ أَعْتَدَنَا فَأَعْتَدْنَا عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَنَا** ﴿١٩٤﴾ [البقرة: ١٩٤].

ويقول جل شأنه: **وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا يَكُونُ فِتْنَةٌ وَيَكُونُ الَّذِينَ لِلَّهِ فِيْنَ أَنْهَوْا فَلَا عَذْوَنَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ** ﴿١٩٣﴾ [البقرة: ١٩٣].

ويقول رب العزة: **وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ** ﴿١٩٠﴾ [البقرة: ١٩٠].

□ والأمر الثاني: وهو تأمين الدعوة إلى الله ﷺ، وإزالة كل ما يعترض سبيل تبليغ هذا الدين للناس أو يحول دون بلوغ تلك الغاية كرسالته ﷺ للناس كافية، وليس العرب دون العجم، ولا للأبيض دون الأسود، فيلزمهم ﷺ وأتباعه من بعده، تبليغ هذا الدين على هذا النحو، وفي هذا يقول الحق ﷺ:

وَمَا أَرْسَلْنَا إِلَّا كَافَةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴿٢٨﴾ [سـ: ٢٨].

ويقول جل وعلا: **وَمَا أَرْسَلْنَا إِلَّا رَحْمَةً لِلنَّاسِ** ﴿١٠٧﴾ [الأنبياء: ١٠٧].

الطرق الشرعية لإنهاء الحرب:

الحرب تنتهي إما باستنفاذ أغراضها كإسلام العدو، أو استسلامه وطلبـه الأمان، أو بعقد الـذمة، وحيـثـنـذـ لهم ما للـمـسـلـمـينـ وـعـلـيـهـمـ ما عـلـىـ الـمـسـلـمـينـ، وإما أن تنتهيـ بالـمـهـادـنةـ وـالـمـوـاـدـعـةـ وـالـمـصالـحةـ.

وسواء كانت صلحًا دائمًا أو مؤقتًا، بمقابل أو بغير مقابل^(١) فيقول رب العزة:

﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلِيمِ فَاجْنَحْنَاهُ وَنَوْكِلُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾^(٦١)

الأنفال: ٦١.]

وصالح ﷺ كفار قريش يوم الحديبية، وصالح أهل خيبر وأهل نجران وغيرهم. وإنما أن تنتهي الحرب بترك القتال إذا كانت فيه مصلحة للمسلمين كدفع الضرر عن الجندي أو الحفاظ على قوته أو إدراك مصلحة يخشى فواتها^(٢).

وتنتهي الحرب كذلك بقبول التحكيم، كما وقع منه ﷺ يوم أن حاصر بنى قريظة، ونزلوا على حكمه ﷺ فجعل الحكم فيهم برضاهם لسعد بن معاذ، وكما وقع بين علی ومعاوية رضي الله عنهم. والذى يعنينا هنا هو التحكيم باعتباره وسيلة لإنهاء الحرب الدولية.

□ التحكيم لإنهاء الحرب الدولية:

اختلف الفقهاء في إجابة الكفار إذا ما طلبوا التحكيم، وهل تكون إجابتهم بالإنزال على حكم الله أم على حكم العباد؟

□ هل يجوز إنزال أهل الكفر على حكم الله:

يرى أبو يوسف أنه يصح إنزال أهل الكفر على حكم الله إذا ما طلبوا ذلك، ويكون الإمام بعد ذلك خيراً بين مقاتلتهم وسببي نسائهم وذرياتهم، أو أن يُسبى الجميع، أو أن يجعلهم ذمة، وهذا هو حُكْم الله المشرع للمسلمين في حق الكافرين، والذى يجوز إنزالهم عليه، وهو الذي أخبر عنه ﷺ عندما قال في حكم سعد: لقد حَكَمْتَ فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة. وما ورد عنه ﷺ من نهيه لقواده وجنده وسراياه عن إجابة أهل الحصن من المشركين من إنزالهم على حكم الله، ولكن بنزولهم على حكمهم،

(١) يُراجع في وسائل إنتهاء الحرب، أبوزهرة، العلاقات الدولية في الإسلام ص ١٠٧، د/ وحبة الزحيلي، آثار الحرب ص ٦٥٦.

(٢) د/ وحبة الزحيلي، آثار الحرب ص ٧٥٩.

لاحتمال ورود النسخ على حكم الله تعالى، أثناء حياته، فيكون إجابتهم إلى ذلك إنزال على حكم منسوخ، لم يعد حكمًا لله تعالى، وهذا مالا وجود له بعد كمال الشريعة، واستقرار الأحكام الشرعية بوفاته عليهما السلام^(١).

ويرى محمد رحمة الله تعالى بالتفرقة بين ما إذا كان المسلمين ظاهرين على الكتاب وبين ما إذا كانوا ممتنعين متحصنين في حصنهم، ومع ذلك نزلوا على حكم الله تعالى: فإن كان المسلمين ظاهرين عليهم وطلبوا التزول على حكم الله تعالى فيجوز للإمام إجابتهم إلى ذلك، لأن حكم الله تعالى في هذه الحالة معلوم لما أخبر به عليهما السلام بأن حكم سعد في بنى قريظة هو حكم الله من فوق سبعة أرقعة.

أما إذا كان أهل الحصن ممتنعين في حصنهم، ونزلوا على حكم الله تعالى فلا يجوز للإمام أن يجبرهم إلى ذلك لقوله عليهما السلام، حديث بريدة: فلا تترهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدرى أتصيب حكم الله فيهم أم لا، فأخبر عليهما السلام أن حكم الله تعالى في هذه الحالة، غير معلوم، وفي إنزالهم على حكم الله قضاء بالجهول، وهذا لا يصح، وإذا لم يصح إنزالهم على حكم الله تعين دعوتهم إلى الإسلام، وإن أبوا لا يقتلهم ولا يسبهم، ولكن يجعلهم ذمة، عليهم الجزية، وأراضيهم خراجية، ولا يردهم إلى مأمنهم وإن طلبوها، لأنه بالرد يصيرون حرباً للMuslimين، وهذا لا مصلحة للمسلمين فيه^(٢).

- **وعند الشافعية:** لا يجوز إنزال أهل الحصن على حكم الله تعالى إذا ما طلبو بذلك لعدم العلم بحكم الله فيهم لخبر بريدة، قاله البغوي^(٣).

- **وبهذا قال المالكية:** جاء في حاشية المواق^(٤): «لا يجوز الإنزال على حكم الله، فإن

(١) بداع الصنائع ج٩ ص٤٣٢٢، المبسوط ج١٠ ص٧، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص٢٥٣، ٢٥٢.

(٢) بداع الصنائع ج٩ ص٤٣٢٢، المبسوط ج١٠ ص٧.

(٣) روضة الطالبين ج١٠ ص٩٣، أنسى المطالب ج٤ ص٢٠٨.

(٤) هامش مواهب الجليل للخطاب ج٣ ص٣٦٠.

أنزلهم الإمام ردوا إلى مأمنهم، ويترهم على حكمه لا على حكم غيره ولو طلبوا فإن أنزلهم على حكم غيره وحكم، فإن كان مسلماً عدلاً نفذ حكمه ولم يردهم إلى مأمنهم، فإن كان فاسقاً تُعقب حكمه، فإن رأه حسناً أمضاه وإن نقضه وحكم بما يراه حسناً وإن ردهم إلى مأمنهم».

- **وعند المخالفة:** على الصحيح أنه يلزم الإمام إجابتهم إذا ما طلبوا النزول على حكم الله تعالى، ويكون شأنهم شأن الأسرى، يخرب الإمام فيهم بين القتل والرق والمن والفاء، وقيل يكره إنزالهم على حكم الله، وقيل لا يترهم على حكم الله لأنه وإنزالهم على حكمنا ولم يرضوا به^(١).

□ نزول المشركين على حكم العباد:

يجوز نزول المشركين على حكم رجل أو أكثر من المسلمين شريطة أن يكون صالحًا للحكم بأن تتوافر فيه شروط المحكم السابق ذكرها، وإذا نزلوا على حكم من لا يصح أن يكون حاكماً لا يصح، وإذا قضى بطل حكمه ولا يلزم أحداً العدم تتحقق شرطه.

وقال المالكية: ويترهم الإمام على حكمه لا على حكم غيره ولو طلبوه، وما تحكيمه لسعد في بنى قريطة إلا تطيباً لنفوس الأولs لما طلبوا منه ذلك، فإذا أجابهم حكم غيره، رجل مسلم عدل نفذ حكمه مطلقاً ولا يردهم إلى مأمنهم، وإذا نزلوا على حكم فاسق تعقب الإمام حكمه وأمضاه إن كان حسناً، وإن رده وقضى فيهم بما يراه حسناً، ولا يردهم إلى مأمنهم^(٢).

ويصح نزولهم على حكم رجل مسلم يعينه الإمام، لأنه لا يعين إلا من يصلح للحكم، وإذا رضوا بحكم رجل مسلم ولم يعينوه كان للإمام تعينه، وليس للإمام أن

(١) حاشية الروض الرابع ج٤ ص ٢٧٢، الإنفاق للمرداوي ج٤ ص ١٤٠.

(٢) الخرشي ج ٣ ص ١٥٠، مواهب الجليل للخطاب ج ٣ ص ٣٦٠، المواق هامش الخطاب نفس الجزء ونفس الصفحة.

يجبرهم على حكم رجل لم يرفضه، فلقد جعل للله الحمد الحكم في بنى قريظة لسعد برضاهم، ولقد استوثق سعد من وجود هذا الرضا قبل الحكم عليهم.

ولا يلزم الإمام إجابة أهل الكفر إلى حكم رجل مسلم إذا ما نزلوا على حكمه، بل الأمر جوازي للإمام فله أن يجبيهم إلى ما طلبوه، وله عدم إجابتهم، رائده في ذلك مصلحة المسلمين.

ولا يصح نزولهم على حكم أسير من المسلمين في أيديهم لأنه مُتّهور غير ممتنع منهم، فكما «لا يصح أمانه لا يصح تحكيمه»، وتاجر من المسلمين في دارهم، ورجل أسلم منهم وهو في دارهم، ورجل منهم في عسكر المسلمين^(١).

وإذا نزلوا على حكم رجل معين، فهات قبل الحكم، صاروا كما لو نزلوا على حكم الله للله الحمد، وكذا لو نزلوا على حكم صبي قد عقل، وإذا نزلوا على حكم الله وحكم خلافه، ففي هذه الحالات يعتبر كما لو نزلوا على حكم الله سبحانه^(٢).

□ هل يصح إشراك غير المسلم في هيئة التحكيم:

عند الجمهور لا يجوز تحكيم غير المسلم ليحكم بين المسلمين وغير المسلمين، فلا يصح نزول أهل الحصن على حكم رجل غير مسلم ذمياً أو مستأمناً، وإذا أجابهم الإمام لحكم غير المسلم، وقضى فيهم بالقتل أو النسيب أو الملن لا يصح، ولا ينفذ حكمه، فلا يحل لأهل الكفر أن يحكموا في حروب المسلمين، إلا أن يحكموا فيهم بأن يكونوا ذمة، فيصبح ذلك، لأنهم إذا صاروا ذمة من غير حكم قبل ذلك منهم وعليهم الخراج^(٣).

وعند الحنفية يصح نزول أهل الحصن على حكم ذمي لأنه أهل لشهادة عليهم، إذ إن

(١) الفتواوى الهندية ج ٢ ص ٢٠٢.

(٢) الفتواوى الهندية ج ٢ ص ٢٠٢، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

(٣) الفتواوى الدولية في الحروب الإسلامية للشيخ على قراعة ص ٨٩.

مَنَاطِ أَهْلِيَةِ الْحُكْمِ عِنْدَهُمْ بِأَهْلِيَةِ الشَّهَادَةِ، فَمَنْ يَصْلَحُ شَاهِدًا يَصْلَحُ تَوْلِيَتَهُ حَكْمًا، وَمَنْ لَا فَلَا، فَيَصْلَحُ إِشْرَاكُ غَيْرِ الْمُسْلِمِ مَعَ الْمُسْلِمِ فِي الْحُكْمِ عَلَى أَهْلِ الْكُفْرِ دُونَ الْمُسْلِمِينَ، وَيَنْفَذُ مَا حُكِمَ بِهِ عَلَى أَهْلِ الْحَرْبِ مِنْ قَتْلِ مَقَالِيهِمْ وَسَبِّ نِسَائِهِمْ وَذَرَارِيهِمْ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

- وَذَكْرُ الْمَالِكِيَّةِ: أَنَّ اشْرَاطَ تَحْكِيمِ غَيْرِ الْمُسْلِمِ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَغَيْرِ الْمُسْلِمِ فِي عَقْدِ الْمَهَادِنَةِ هُوَ شَرْطُ الْأَصْلِ فِي الْفَسَادِ، وَعَدْمِ جُوازِهِ، إِلَّا أَنَّ الْفُرْقَةَ إِذَا دَعَتْ إِلَيْهِ صَحٌّ، فَيَقُولُ الْخَرْشِيُّ: «يَجِدُ مَهَادِنَةُ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ مَعَ أَهْلِ الْكُفْرِ، لِمَصْلَحَةِ يَرَاهَا الْإِمَامُ بِشُرُوطٍ .. مِنْهَا أَنْ يَخْلُو عَقْدُ الْمَهَادِنَةِ مِنْ شَرْطِ فَاسِدٍ وَلَا مِنْ يَبْعَزُ، كَشْرَطِ بَقَاءِ الْمُسْلِمِ أَسِيرًا فِي أَيْدِيهِمْ .. أَنْ يَحْكُمُوا بَيْنَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ .. إِلَّا خَوْفُ مِنْهُمْ فَيَجِدُ كُلَّ مَا يَمْنَعُ»^(١).

وَيَقُولُ الدَّكْتُورُ وَهْبُ الزَّحْلِيُّ: «وَإِذَا جَازَ تَحْكِيمُ فَلَا يَمْنَعُ مِنْ اشْرَاكِ غَيْرِ الْمُسْلِمِينَ فِيهِ، فَقَدْ صَرَّحَ فَقَهَاءُ الْمَالِكِيَّةِ بِأَنَّهُ يَجِدُ عَقْدُ هُدْنَةَ مَعَ غَيْرِ الْمُسْلِمِينَ، عَلَى أَنْ يَحْكُمُوا بَيْنَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ إِذَا كَانَ هُنَاكَ خَوْفٌ مِنْهُمْ، وَعَبَارَةُ خَوْفٍ تَصُورُ حَالَ الْمَصْلَحَةِ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ، أَمَّا الْيَوْمِ فَقَدْ يَكُونُ مِنَ الْمَصْلَحَةِ أَنْ يَقْبَلَ الْمُسْلِمُونَ مِبْدَأَ التَّحْكِيمِ لِإِيقَافِ الْقَتَالِ لِأَسْبَابٍ أُخْرَى كَالْمَحَافَظَةِ عَلَى الْسُّلْمَ وَنُشُرِّ الْإِسْلَامِ بِالْطُّرُقِ السُّلْمَيَّةِ أَوْ لِدُفْعِ ضَرَرِ عَامٍ .. بَلْ أَنْ اشْرَاكُ غَيْرِ الْمُسْلِمِ فِي هَيْثَةِ التَّحْكِيمِ أَصْبَحَ الْيَوْمَ أَمْرًا لَابْدِهِ، وَأَنْ ذَلِكَ هُوَ طَبِيعَةُ التَّحْكِيمِ بِالْمَعْنَى الصَّحِيفِ، وَذَلِكَ حَتَّى يَتَبَيَّنَ كُلُّ فَرِيقٍ وَجَهَاتُ نَظَرِ الْطَّرفِ الْآخَرِ وَيَدَافِعُ عَنْ قَوْمِهِ بِكُلِّ مَا أُوتَى مِنْ قُوَّةٍ بِيَانٍ وَسُعَةٍ عِرْفَانٍ وَذَلِكَ يَضْمَنُ قَبْوَلَ قَرْارِ التَّحْكِيمِ»^(٢).

وَتَعْقِيْبًا عَلَى ذَلِكَ يَقُولُ الدَّكْتُورُ إِسْمَاعِيلُ الْأَسْطَلُ^(٣): «لَا يَمْكُنُ التَّسْلِيمُ بِهَذَا القَوْلِ، لَأَنَّهُ أَوْلًا مُخَالِفٌ لِمَا اسْتَنَدَ إِلَيْهِ، وَهُوَ رَأْيُ الْمَالِكِيَّةِ، وَمُخَالِفٌ لِمَا هُوَ مُحْلٌ اتْفَاقُ بَيْنِ

(١) حاشية الخرشي ج ٣ ص ١٥٠.

(٢) د/ وَهْبُ الزَّحْلِيُّ، آثارُ الْحَرْبِ ص ٧٤٤.

(٣) التَّحْكِيمُ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ د/ إِسْمَاعِيلُ الْأَسْطَلُ، الْمَرْجُعُ السَّابِقُ ص ٢٥٨.

الفقهاء من أنه لا يجوز تولية غير المسلم لقضى بين المسلم وغير المسلم، فالتحكيم ولاية حكم القضاء ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، والله تعالى يقول: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

- المالكية ما أجازوا اشتراك غير المسلم مع المسلم في الحكم بين المسلم وغير المسلم، إلا بشرطين:

□ الأول: توافر حالة الضرورة، وهي الخشية من الهلاك الذي لا يمكن دفعه إلا عن هذا السبيل وإلا فلا.

□ والثاني: أن يخرج تحكيم غير المسلم مخرج الشرط في عقد المصادنة بمعنى أن يصرّ المشركون على مثل هذا الشرط، وإلا فلا يُعرض عليهم، وإذا كان التحكيم يقوم أساساً على مبدأ الرضا، تعلّم تحقيق هذا الشرط، وإذا تختلف أحد هذين الشرطين لم يكن للمسلمين تحكيم غير المسلم ولا اشتراكه حسب رأي المالكية ليحكم بين المسلم وغير المسلم. ولكن الواضح أن نظرية الضرورة قد أثبتت ثواباً في هذه الأيام يشمل نطاقاً غير الذي وضعه الفقهاء لها. إذ القاعدة ((أن الضرورة تقدر بقدرها)), فتلمس المبررات الشرعية لتبرير وضع قائم لا يميل إليه البعض ولا يشجعه، فالوضع الخاطئ لا تعالج تبريره شرعاً وإنما بإصلاحه ووضعه في موضعه الصحيح^(١).

□ ما يحكم به الحكم:

وإذا نزل أهل الكفر على حكم رجل مسلم فقضى فيهم لقتل المقاتلة وسبى النساء والذرية صح الحكم، لأن سعداً رض حكم بهذا في بنى قريظة، وصوبه رسول الله صل، وأخبر بأنه حكم الله صل من فوق سبعة أرقعة. وإذا قضى بالمن على المقاتلة، لزم حكمه، لأن الحكم مفروض إليه فيما يرى المصلحة فيه، فله الخيار بين القتل والسبى والمن

(١) شرح الأشيه للحموي ج ١ ص ٢٧٦، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٢٥٩.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

كالإمام في الأسير، وهذا هو مذهب الإمام أحمد، و اختيار القاضي^(١)، ومذهب الشافعية^(٢)، وقيل لا يلزم لأن الحكم يلزم الحكم بما فيه الحظ للمسلمين ولا حظ للمسلمين في المن، قاله أبو الخطاب^(٣)، والروماني^(٤).

إذا قضى بقتل النساء والذرية، أو برد أهل الحصن إلى مأمنهم لم ينفذ حكمه لا على المسلمين ولا على غيرهم لمخالفته حكم الشرع^(٥).

□ سلطة الإمام في تعديل الحكم:

إذا قضى الحكم بشيء تقدّم على الإمام وإن خالف رأيه^(٦). ولا يكون له تعديل الحكم بالتشديد فيه، كأن يقضي لحكم بسيبي الجميع، فلا يكون للإمام قتل المقاتلة، ولكن له التحقيق من الحكم، فإذا قضى المحكم بقتل المقاتلة، فله المُنْ عليهم أو على بعضهم أو سبي الجميع، وإذا قضى الحكم بالاسترقاق ليس للإمام المُنْ إلا برضاء الغانمين لأنهم بالحكم صاروا مالا لهم.

□ مذلة الحكم في بنى قريظة:

إذا نظرنا إلى ما فعلته بنى قريظة نجد أن صفة المحاربين كانت ملازمة لهم إلى آخر لحظة، وأن قتالهم كان امتداداً لقتال الأحزاب، ثم إن بنى قريظة لما رأى عزم المسلمين على قتالهم وفتح حصنهم على حكم سعد، وارتضى ما يحكم به لينفذ عليها مسبقاً وقبل صدور الحكم، ولو رأوا سبيلاً في مقاتلة النبي ﷺ ما توانوا في ذلك لحظة، ولو

(١) الانصاف للمرداوي ج٤ ص١٤٠، المغني ج٨ ص٤٨١.

(٢) تكملة المجموع ج١ ص١٠٤، روضة الطالبين للنwoي ج١٠ ص٢٩٢، د/الأسطل، المرجع السابق ص٢٦٠.

(٣) المغني لابن قدامة ج٨ ص٤٨١، الانصاف للمرداوي ج٤ ص١٤٠.

(٤) روضة الطالبين للنwoي ج١٠ ص٢٩٢.

(٥) أسمى المطالب ج٤ ص٢٠٨، على تراعة ص٢٩٠، مواهب الجليل للخطاب ج٣ ص٣٦٠، بداع الصنائع ج٩ ص٤٣٢٢.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد ج٣ ص٢٧٥، الوجيز للغزالى ج٢ ص١٩٦، أسمى المطالب ج٤ ص٢٠٨.

تمكنا منه لقتلوه، وقتلو الإسلام. فلقد نقضوا العهد وقاتلوا مع الأحزاب جنباً إلى جنب ضد النبي وصحبه وشَرَدوا أهل المدينة، فما كان منه إلا أن يعاملهم بما كانوا يُضيرون له لو كتبت لهم الغلبة، فهم **جُنَاحَةُ الْعَفْوِ** عن الجانبي ظلم، ودفع الظلم واقتلاعه من أساسه جاءت به الشريعة الإسلامية^(١).

ولقد كانوا يشعرون أنفسهم بأن ما وقع بهم كان قصاصاً عادلاً. فلقد روى أن حبي بن أخطب عندما قدم لضرب عنقه، قال لرسول الله وَالله: **مَا لَتُّ نَفْسِي** في عداوتك، ولكن من **يَخْذُلِ اللَّهَ** **يَخْذُلُهُ** ثم أقبل على الناس فقال: **أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِأَمْرِ اللَّهِ** **كِتَابٌ وَقَدْرٌ** **وَمِلْحَمَةٌ كَتَبَهَا**^(٢).

هكذا يتضح لنا أن بني قريظة لم يبقوا ما يوجب الرأفة أو الرحمة بهم، بل إن الرحمة إنزال الحكم بهم، فالعدالة رحمة .. والقصاص حياة.

□ أثر الإسلام في الحكم:

وإذا أسلم أهل الحرب أو بعضهم قبل صدور حكم المحكِّم فيهم، أو اختيار الإمام، إن نزلوا على حكمه فقد عصموا دمائهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وتكون أراضيهم عشرية، وإذا أسلموا بعد الحكم بقتلهم، امتنع قتلهم حرمة إرادة دم المسلم إلا بحق، وإنما أموالهم تبقى ملكاً للمسلمين، لأنها صارت إليهم بالحكم قبل إسلامهم، وإذا قضى بتصيرهم **ذِمَّة**، وقبل توظيف الخراج أسلموا، تكون أراضيهم خارجية^(٣).

يبدو للمطلع على هذا الجزء من البحث .. أن التحكيم باعتباره وسيلة لإنهاء الحرب قد تناوله الفقهاء في حالة ظهور المسلمين على أهل الكفر، أو تحصن أهل الكفر حصنهم ومنعهم، ومع ذلك نزلوا على حكم رجل مسلم، فينفذ فيهم ما قضى به، أما

(١) أبو زهرة خاتم النبّين ج ٢ ص ٨٠٢.

(٢) سيرة ابن هشام ج ٣ ص ٢٦٠.

(٣) المغني لابن قدامة ج ٨ ص ٤٨١، روضة الطالبين للنووى ج ١٠ ص ٢٩٢، بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٣٢٣، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٠٢.

في حالة ظهور أهل الشرك على المسلمين فلا يتضح من عبارات الفقهاء تنظيماً للتحكيم كطريق لإنتهاء الحرب، مما يُظَنُ معه، أن هناك قصوراً في الشريعة وعدم تحقيق التوازن في تنظيم العلاقات مع اختلاف الظروف والأحوال^(١).

ولكن هذا القول يغل إذا ما علِمَ أن التحكيم ما تم على مبدأ الرضائة فإذا قبل أهل الشرك مع ظهورهم على المسلمين تحكيم رجل مسلم، جاز وينفذ حكمه على المسلمين ويحكم بما فيه مصلحة المسلمين ودفع الضرر عنهم، ولو قضى بدفع مال لأهل الشرك لقاء انصاراً لهم عن المسلمين صبح حكمه ونفذ على الإمام.

* ويقول أيضاً الدكتور إسماعيل الأسطل:

«ولكن إذا أصرَّ أهل الشرك على تحكيم غير المسلم، فلا ينبغي إجابتهم إلى ذلك إلا في حالة الخوف من الاستيلاء على المسلمين أو قتلهم، فإن الضرر الذي يعود على المسلمين من عدم قبول تحكيم غير المسلم أعظم من قبول تحكيمه والضررُ والأشدُ يُدفع بالأقل، وإذا لم يطلب أهل الشرك تحكيم غير المسلم، لم يكن للمسلمين عرض تحكيمه، بل إذا أمكن دفع أهل الشرك بغير التحكيم في هذه الحالة كالموادعة والمصالحة تعين ذلك، لأن الضرر الذي يعود على المسلمين من قبل الموادعة والمصالحة ولو بمقابل أخف من الضرر الذي يعود عليهم بقبول التحكيم، فالتحكيم في هذه الحالة أخطر من الموادعة والمصالحة، فإن المسلمين يكونون على يقنة من مدى الضرر الذي يلحق بهم والحقوق التي يتنازلون عنها.

ومن كل ما تقدم يتضح أن قواعد الشريعة الإسلامية بها مُتَسَعٌ لتنظيم العلاقات في مختلف الظروف والأصول، وما قد يُظَنُ من أن هناك قصوراً في بعض الجوانب إنما يرجع إلى عدم فهم قواعد هذا الدين ومبادئه لا لقصور فيه.

جامعة الملك عبد الله

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٦٢، ٢٦٣.

رَفِعٌ

جَسَرُ الْأَرْجُنِ الْجَنْجَرِيُّ
أَسْلَمْ لِلَّهِ الْفَرْوَانُ
www.moswarat.com

الْبَابُ الْخَامِسُ

وَسَلَّمَ انْتَهَا، الْمُتَكَبِّرُ

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْبَخْرَيِّ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْغَزَوَكَسَّ

www.moswarat.com

الباب الخامس

وسائل النّفاذ، التّحكيم

أجمع الفقهاء على أن ولية المحكم تنتهي بأحد الأسباب الآتية^(١):

١- عزل الطرفين أو أحدهما قبل أن يقول: حكمت بـكذا^(٢). أو عزل المحكم نفسه من التحكيم^(٣).

٢- انتهاء المهمة.

٣- زوال أهلية المحكم.

هذا وتناول هذه النقاط بشئ من التفصيل.

□ أولاً: العزل (فسح التحكيم):

تنتهي ولية المحكم إما بعزله - من تلقاء نفسه أو بعزل المحتملين أو أحدهما له قبل المحكم وبعده - ومن ثم لا يستطيع أن يعدل حكمه أو أن يلغيه بعد ذلك ولو تبين له خطأه إلا إذا حكمه الشخصان ثانية^(٤).

وإذا عزل المحكم زالت وليته وأصبح كآحاد الناس، شأنه شأن القاضي المولى بعد العزل. ولكن لنا في ذلك أن نذكّر بشئ من التفصيل أنه في عزل المحكم يشترط لصحة

(١) نظام التحكيم، د/ سيد محمود، المرجع السابق ص ٤٨، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها، عقد التحكيم، د/ الدورى، المرجع السابق ص ٦٥٦، ٦٥٧، تبصرة المحکام، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٢، ورد المحatar ج ٥ ص ٤٣٠ عن فتح القدير، وشرح مجلة الأحكام العدلية، منير القاضي ج ٤ ص ١٩١، ١٩٢، والمادة ١٨٤٧ من المجلة، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٨، والمحبظ البرهانى، وتبيان الحقائق ج ٤ ص ١٩٤ عن المحبظ، والفتاوى الطرطوسية ص ٣٢٠ عن البحر المحبظ، وانظر موضوع: (استدامة الرضا إلى عام الحكم).

(٣) شرح المجلة، السابق، ص ١٩٣.

(٤) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ١١٢، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٤٨.

توليه الحكم عدم عزله سواء من قبل أحد الخصوم أو بعزل نفسه .
إذ لا خلاف بين الفقهاء في أن للمحكفين الاتفاق على عزل المُحكم قبل أن يصدر حكمه، حتى ولو بعد الترافع أمامه وإقامة البينة، وإذا تراضى الخصوم على عزل المُحكم، وقضى بعد العزل لا يعتد بقضائه كالقاضى المولى إذا قضى بعد العزل .
وكما أن للخصوم الاتفاق على عزل المُحكم قبل الحكم فإن لهذا الأخير عزل نفسه قبل إصداره الحكم، وفي أى وقت شاء شريطة علم المحكمين بعزله كالوكييل إذا عزل نفسه لا يعزل حتى يعلم الموكل بالعزل، ولا يقال إنه لا يملك أن يعزل نفسه لتعلق حق الخصوم بقضائه، إذ إن باب القضاء مفتوح أمامهم، ولهم رفع خصومتهم أمامه .
والخلاف بين الفقهاء إذا كان الحكم على صلاحيته على ما كان عليه وقت التحكيم، ولم يَضُدُّ فيه ما يقتضى عزله، أو يتصف بما يتنافى مع أهليته، هل لأحد الخصوم بإرادته المنفردة عزله بعد الاتفاق على تحكيمه؟ خلاف بين الفقهاء !!

» الرأي الأول:

يرى جمهور المالكية: أن لأى من الخصوم عزل المُحكم بالرجوع عن التحكيم قبل الترافع إليه، وإذا ما عزل امتنع عليه الحكم، وإذا حكم بعد العزل لا ينفذ حكمه، أما بعد الترافع إليه والمخاصصة أمامه، فلا عبرة برجوع من رجع، وللمحكِّم أن ينظر الدعوى ويلزِم الخصوم التهادي فيها حتى صدور الحكم، وفي ذلك قال كل من:
- أصبه: «لكل واحد منها -أى الخصوم - الرجوع ما لم ينشأها في الخصومة عنده -أى عند الحكم - فيلزمها التهادي فيها»،

- وقال ابن القاسم في المجموعة: «إذا حكَّاه وأقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم قال: أرى أن يحكم بينهما ويجوز حكمه»،

- ويقول مطرف: «له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شيء فأبعد أن ينشأها في الخصومة عنده ونظره في شيء من أمرهما، فلا نزوع لواحد منها ويلزِمها التهادي في

الدعوى أمامه»^(١).

- ويقول القرافي: «عقود الولايات - المقصود بالعقد يحصل بعد العقد، وهذا القسم لا تستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم وهو خمسة عقود [الجعالة - والقراض - والفارسة - والوَكالة - وتحكيم الحاكم] ما لم يشرع في الحكومة»^(٢). وقال أصحاب هذا الرأي إن **المُحْكِم** حاكم خاص يُباشر عمله بإذن من يحكم له أو عليه، شأن الوكيل لا يُباشر عمله إلا بإذن موكله، فكما أن الوَكالة لا يلزم الموكيل إلا بشرع الوكيل بالعمل الموكول به فكذا التحكيم لا يلزم المحكمين إلا ب مباشرة الدعوى أمام الحكم والترافع إليه.

وكاخصوم إذا ترافقوا عند القاضى فكما أنه ليس لأحد منهم أن يوكل وكيلًا أو يعزله ليس للمحكم الرجوع عن التحكيم بعد الترافع أمام الحكم^(٣).

» الرأي الثاني:

يرى أن الخصم ينقطع حقه في عزل **المُحْكِم** بالرجوع عن التحكيم بشرع **المُحْكِم** في الحكم وقبل تمامه، فإذا ترافق الخصوم أمام **المُحْكِم**، ثم قال أحدهما للمُحْكِم وقبل أن يشرع في إصدار الحكم «عزلتك» امتنع عليه نظر الخصومة، وإذا قضى بعد ذلك لا ينفذ قضاوته، أما بعد شروعه في الحكم ولو قبل تمامه، فلا أثر لرجوع من رجع منها، وللحكم أن يصدر حكمه بغض النظر عن إباء من أبى، ويلزمه حكمه، وبهذا قال الحنابلة^(٤).

(١) يراجع في هذه الأقوال، المتنقى شرح موطأ مالك ج ٥ ص ٢٢٧.

(٢) الفروق للقرافي ج ٤ لفرق ٢٠٤ ص ١٣.

(٣) المتنقى شرح موطأ مالك ج ٥ ص ٢٢٧.

(٤) كشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٩، المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٨، مطالب أولى النهي ج ٦ ص ٤٧٢ والكافى في فقه الإمام أحمد ج ٣ ص ٤٣٦، جاء في المادة ٢٠٦٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: «لكل من الخصمين الرجوع عن التحكيم قبل شروع المحكم في الحكم» ويعرض الحنابلة قال بأن حق المحكمين في الرجوع انقطع إذا ما أشهد الحكم عليهما بالرضا بحكمه ولو لم يدخل فيه بعد» الانصاف للمرداوى ج ١ ص ١٩٩.

وحكاه الماوردي عن أبي سعيد^(١).

واستدل أصحاب هذا الرأي، بأن الرضا هو المثبت لولاية الحكم، فإذا تخلف الرضا برجوع أحدهم عن التحكيم قبل شروع المحكم في الحكم زالت ولاليته، كالموكل إذا رجع عن الوكالة قبل مباشرة الوكيل التصرف الموكول به، أما بعد شروعه في الحكم فلا أثر للرجوع شأن الموكل إذا رجع بعد شروع الوكيل في العمل الموكول به.

وإذا أتيح للخصوم الرجوع عن التحكيم بعد شروع المحكم في الحكم وقبل تمامه فإن ذلك سيؤدي إلى أنه لا يلزم بالتحكيم حكم^٢، لأن الحكم متوجه لأحدهما لا محالة، فإذا ما شعر الخصم أن الحكم متوجه عليه رجع، وبذا يصبح التحكيم وسيلة لإضاعة الوقت، والماطلة بالحقوق، وتنقلب مزاياه إلى أضرار، ويُبطل المقصود منه.

» الرأي الثالث:

ويرى أن للخصم حق عزل المحكم ما لم يصدر الحكم، فإذا ما صدر لزم ولا عبرة برجوع من رجع، وإذا عزله قبل الحكم امتنع عليه الحكم لعدم الولاية، لأن الرضا هو المثبت للولاية، فإذا زال الرضا زالت الولاية كالقاضي إذا قضى بعد العزل، وبهذا قال الحنفية^(٣) وهو مذهب الشافعية^(٤) وبعض المالكية^(٥)، روى عن سحنون قوله: «لكل واحد منها -أى الخصمين- أن يرجع في ذلك ما لم يمكن الحكم فيه، فإذا أمضاه بينهما فليس لأحدهما أن يرجع فيه».

(١) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٨٣ فقرة ٣٦١٦.

(٢) تبيان الحقائق للزيلاعي ج ٤ ص ١٩٤، روضة القضاة للسمتاني ج ١ ص ١١٨، أدب القاضي للخصف شرح الجصاصون ص ٥٨٥، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٦، حاشية الطحاوي ج ٣ ص ٢٠٧، وجاء في الفتاوى الهندية: «إذا قال الحكم لأحد الخصمين قامت عندي الحجة بما أدعى عليك له من الحق، ثم إن الذى توجه عليه الحكم عزله، ثم حكم عليه بعد ذلك لا ينفذ حكمه»، ج ٣ ص ٣٩٨.

(٣) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩، الروضة للنورى ج ١ ص ١٢١، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٧٩.

(٤) التبصرة لابن فردون ج ١ ص ٤٤، المتنقى للباجى ج ٥ ص ٢٢٧.

واستدلوا بأن التحكيم من العقود الجائزه غير الالزمه، بمعنى أنه لأى من طرفيه فسخه بإرادته المنفردة كما في عقد الشركه والمضاربه^(١). وأن التحكيم ولاية كولاية القضاء، وإن كان أدنى مرتبة منه، فكما أن للوالى عزل الموئى، فإن للخصوم عزل المحكم، إذ إن إرادة الخصوم هي التي منحت المحكم سلطة نظر النزاع، فإن لها سلب هذه الولاية وتلك السلطة قبل الحكم، أما بعد الحكم فلا وجود أصلًا لتلك السلطة حتى تحتاج إلى سلب، شأنه شأن القاضي الموئى إذا عزل فلا أثر للعزل على ما صدر منه من أحكام قبل العزل^(٢).

وإذا عزل المحكم قبل أن يصدر حكمه امتنع عليه الحكم، وإذا حكم لا ينفذ حكمه لعدم الولاية، شأن القاضي الموئى إذا قضى بعد العزل.

ومن ناحية أخرى أن التحكيم ليس بأدنى مرتبة من الصلح، فكما أن المصالح لا يملك الرجوع عن الصلح بعد تمامه، فليس لأحد الخصوم المحتكمين الرجوع من التحكيم بعد تمامه بصدور الحكم^(٣).

» الرأي الرابع:

ويرى أنه ليس لأحد الخصوم عزل المحكم بعد الاتفاق على التحكيم وحتى صدور الحكم، وبه قال بعض المالكية، يقول ابن الماجشون: «ليس لأحدهما -أى لأحد الخصوم- أن يbedo له (أى الرجوع)، كان ذلك قبل أن يفاته صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة، وحكمه لازم لها كحكم السلطان لمن أحب منها أو كره، نظر لصاحبها، كما ينظر السلطان في حق الغائب»^(٤).

(١) تبيان الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٩٣.

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٣) أدب القاضي للخصاف ص ٥٨٧، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٤) المتنقى للباقي ج ٥ ص ٢٢٧.

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

واستدلوا بأن إرادة كلا الخصمين هي المنشئة لولاية الحكم فلا تستبد إحداهما بعزله بلا لابد من اتفاق إرادتيهما على عزله.

ويرى ابن الماجشون أن التحكيم من باب الولاية لا الوكالة، والولاية تختص بالحكم على الخصمين بخلاف ما يرضيانه، على خلاف الوكالة إذا لا تكون بحضور الموكل إلا بپا يرضاه^(١)، ثم إن الخصم أوجب لخصمه حقاً بالتحكيم وهو فصل النزاع عن طريق التحكيم ولراحة من نظر القضاة فليس له أن يرجع عن ذلك إلا برضاه^(٢).

وإن إعطاء الخصم إنتهاء التحكيم بإرادته المنفردة فيه خالفة لقاعدة شرعية، والتي تقتضي بعدم تكين الشخص تفاصيل ما تَمَّ من جهة^(٣). والله تعالى أَمْر بالوفاء بالعقود في قوله ﷺ: **يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ إِمَانُوا أَوْفُوا بِالْعَهْدِ** **وَهُنَّا أَخْذَهُ عَلَيْهِ** **عِنْدَمَا أَبْرَمُوا** عقد التحكيم مع معاوية حينما جاءه نَفَرٌ من الخوارج، مطالبين إياه أن يحمل على معاوية ومن معه فَرَّدَ قائلًا: كَيْفَ بَعْدَ أَنْ أَعْطَيْنَا الْعَهْدَ وَالْمَوْاْثِيقَ^(٤).

□ ثانياً: إنتهاء مهمة المحكم

تنتهي مهمة ولاية المحكم بانتهاء مهمته الموكلة إليه، وذلك بصدور الحكم أو بمرور الوقت إذا كان التحكيم مؤقتاً دون صدوره.

فالغاية من التحكيم هي صدور الحكم فاصلًا في موضوع النزاع على الوجه

(١) المرجع السابق، ذات الموضع.

(٢) حاشية الرهوفى على الزرقاني ج ٧ ص ٣٠، د/ الأسطل المرجع السابق ص ١١٠.

(٣) يراجع في شرح هذه القاعدة شرح الأشباه والنظائر للجموی ج ٢ ص ٣٧٤، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحد الزرقا ص ٤٠٧.

(٤) تاريخ الطبرى ج ٩ ص ٧٢، وذكر الدينورى أبو حنفة أن محرز بن خنيس بن ضلبع قام فقال يا أمير المؤمنين أما إلى الرجوع عن هذا الكتاب سبيل؟ فوالله إنى لخائف أن يورثك ولا؟ فقال على: «أبعد أن كتبناه نتفقُهُ هذَا لَا يجوز» الأخبار الطوال للدينورى ص ١٩٧.

المشروع، فإذا أصدر الحكم قراره انتهت مهمته، ويصبح كآحاد الناس ولا يصح إخباره بالحكم بعد صدوره، لأن ذلك يعتبر شهادة منه على فعل نفسه.

ولا آثر لغيب المحكم عن مجلسه قبل صدور الحكم، إلا إذا قيده الخصوم بالحكم في مجلسه، فإذا سافر أو حُبس أو أغْمِي عليه ثم عَاد من سفره أو أطْلَق سراحه أو بَرَأَت ساحتة كان على حكومته، لأن هذه الأشياء لا تُبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة^(١).

وإذا كان التحكيم مؤقتاً انتهت ولاية الحكم بمرور الوقت المحدد دون أن يصدر حكمه، فإذا حكم الخصوم رجلاً على أن يقضي بينهم في شهر كذا أو يوم كذا، فإذا مضى الشهر أو اليوم المحدد دون أن يصدر حكمه انتهت ولايته ولا يكون له نظر النزاع إلا بتجديده التولية^(٢).

وإذا اشتري الحكم المال موضوع النزاع الذي اختصم المحتمكون إليه فيه أو اشتراه إينه أو أحد من لا تجوز شهادته له خرج عن الحكومة^(٣).

□ ثالثاً: زوال أهلية الحكم:

تنتهي ولاية الحكم بسقوط أهلية المحكم، بأن تختلف أحد شروط صلاحيته للحكم، فإذا ارتد أو عمى أو جُنَاحاً انعزل، فإذا أسلم بعد رَدَّه أو أبصر أو زال عنه الجنون، وحكم لا يصح حكمه إلا بتجديده التحكيم ثانية^(٤).

(١) البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٨، تبيان الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ١٩٤، فتح القيمة للكمال ابن الهمام جـ ٤ ص ٤٠٨.

(٢) شرح المجلة لعل حيدر جـ ٧ ص ٢٨، تبيان الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ١٩٤.

(٣) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٩٩.

(٤) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٦٤٣، تبيان الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ١٩٤، د/الأسطل، المرجع السابق ص ١١٣، د/سيد محمود، المرجع السابق، ص ٤٩.

ويموجب المذهب الحنفي وأحكام المجلة ينتهي التحكيم أيضاً:

أ - بصدور القرار التحكيمي.

ب - بموت المُحْكَم أو بفقدانه أهلية المدنية أو أهلية الشهادة أو الصفات المطلوبة في المُحْكَم:

ج - بعزل المحكم .

د - بموت أحد الفرقاء حتى ولو كان جميع ورثته راشدين.

ଶ୍ରୀମଦ୍ଭଗବତ

(١) الأحذب، الجزء الأول ص ٨٤، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٤٩.

الخاتمة

رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْبَخْرَيِّ
أَسْلَمَ اللَّهُ لِلْغَزَوَكَسَّ

www.moswarat.com

الفاتحة

بعد أن بذلت قصارى جهدي في جمع جزئيات هذا البحث أسجل أهم التائج التي توصلت إليها على النحو التالي:-

- ١- التحكيم وسيلة عُرِفت قبل الإسلام لنفي النزاع وأقرّها الإسلام وتعُد من أهم الوسائل المعاصرة الآن.
- ٢- التحكيم يتوقف على إرادة طرف النزاع، فهو اختياري مهما كان نوع المنازع.
- ٣- التحكيم عقد كسائر العقود له أركان وشروط وإجراءات وقد بينا ذلك في ثنايا البحث.
- ٤- الحكم الذي يصدر في قضية النزاع محل التحكيم مُلزم للطرفين، فهو حكم القاضي المولى من جهة الإمام، ومن ثم فلا يجوز تقضيّه أو تعديله إلا كما ينقض حكم القاضي.
- ٥- حكم الحكم يجب أن يصدر موقعاً حكم الشّرع وإنما كان باطلًا.
- ٦- لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضي الخصوم، ويجوز للمحكم المعزول المطالبة بالتعويض إذا كان قد شرع في مهمته قبل عزله.
- ٧- يشترط في المحكم أن يكون من ذوى الخبرة، وكامل الأهلية وحسن السير والسلوك، وفي اشتراط الإسلام والذكورة خلاف بين الفقهاء ويشترط بصفة عامة كل ما يشترط في القاضي كما بينا ذلك.
- ٨- وفي حالة تعدد المحكمين يجوز أن يصدر الحكم بأغلبية الأعضاء المحكمين.
- ٩- يختلف التحكيم عن غيره من وسائل فض المنازعات كالقضاء والصلح والوكالة.
- ١٠- يجوز للمحكم أن يتخذ له أمين سرّ التحكيم وقد بينَ الفقهاء بأنه يشترط في أمين السر شروطًا محددة أهمها الإسلام والعدالة والأهلية والأمانة والضبط والخبرة،

وأن تُثبت الواقع والإجراءات التي تتم في جلسة التحكيم، وإعلان الخصوم بحكم التحكيم بعد انتهاءه.

١١- يُبيّن فقهاء الإسلام القواعد العامة للتحكيم وأهم هذه القواعد الحكم بشرعية الله، والعدل.

١٢- اختلف الفقهاء في طبيعة عمل **المُحَكَّم**، فمنهم من أصْبَغَ عليه الصفة القضائية، ومنهم من اعتبر عمله بمثابة عمل الوكيل، ومنهم من قال بأنه يشبه عمل القاضي من جهة وعمل الوكيل من جهة أخرى.

١٣- اختلف الفقهاء في ضرورة إثبات التحكيم على قولين، فذهب البعض إلى أن التحكيم لا يحتاج إلى شهود تشهد على الخصمين بأنهما حكما الحكم وبهذا قال المالكية، وذهب البعض إلى وجوب الإشهاد على عقد التحكيم لثلا يجحده أحد الخصوم.

١٤- يُبيّن الفقهاء أنه يجوز إثبات التحكيم بأي وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية المعروفة في الفقه الإسلامي كالشهادة واليمين والإقرار.

١٥- يُبيّن الفقهاء بأن التحكيم لا يجوز في حقوق الله **بِهِلْلَهِ**، أما حقوق العباد فللفقهاء تفصيلات دقيقة فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز. وقد بينت آراء الفقهاء في ثنيا البحث.

١٦- بينت أبرز التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام وهي التحكيم بين الزوجين والتحكيم في حالات الحرب، والتحكيم بين المختصمين.

١٧- بينت وسائل انقضاء التحكيم ولعل أهمها: العَزْل، وزَوَال أهلية **الْمُحَكَّم**، وانتهاء مهمة **الْمُحَكَّم**.

وأخيراً أسأل الله أن يجعل هذا العمل في ميزان حسناتي يوم القيمة وأن ينفع به من يطلع عليه.

أَهْمَ مَرَاجِعِ الْبَحْثِ

- ١- أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، مطبعة عيسى الحلبي.
- ٢- الإحکام في تمیز الفتاوی عن الأحكام، للإمام القرافی المالکی، طبعة أولی، سنة ١٩٨٥ م.
- ٣- أدب القاضی، لأحمد بن عمرو الخصاف مع شرح الجھاص، دار نشر الثقافة، ١٩٨٠ م.
- ٤- أدب القاضی، لعلي بن محمد الماوردي، مطبعة العانی، بغداد، ١٩٧٢ م.
- ٥- أدب القاضی، لإبراهیم بن عبد الله الحموی، بدون طبعة.
- ٦- الأشیاء والناظر، بلال الدين السیوطی، مطبعة عيسى الحلبي.
- ٧- بدایع الصنائع، فی ترتیب الشرائع للإمام علاء الدين الكاسانی، مطبعة الإمام.
- ٨- بدایة المجتهد ونهاية المقتضى، لمحمد بن أهـد بن رشد، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٦٠ م.
- ٩- الناج والإکلیل لختصر خلیل مطبوع مع مواهب الجلیل، طبعة دار الفكر.
- ١٠- تبصرة الحکام في أصول الأقضیة ومناهج الأحكام، لإبراهیم بن محمد ابن فرھون، طبعة دار الكتب العلمیة، بیروت.
- ١١- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لأحمد بن حجر الجفیعی، طبعة الهند.
- ١٢- التحکيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعیل أهـد الأسطل، دار النهضة العریة بالقاهرة.
- ١٣- التعريفات، لمحمد بن علی الجرجانی، دار الكتاب العریي سنة ١٩٨٥ م.
- ١٤- تفسیر القرآن العظیم، لإسماعیل بن کثیر، طبعة دار إحياء التراث العریي، بیروت ١٩٦٩ م.
- ١٥- تلخیص الحیر، لعلی بن محمد بن حجر العسقلانی، طبعة المکتبة الائیریة پاکستان.
- ١٦- الجامع لأحكام القرآن، للإمام محمد بن أهـد القرطبی، طبعة دار الكتاب العریي بالقاهرة، سنة ١٩٦٧ م.
- ١٧- جامع البیان في تأویل آی القرآن، للإمام محمد بن جریر الطبری، طبعة دار المعارف

بالقاهرة.

- ١٨- حاشية ابن عابدين مع رد المحتاج على الدر المختار، طبعة دار الكتب.
- ١٩- حاشية البيجومي على منهاج الطلاب، الطبعة الثالثة، القاهرة.
- ٢٠- حاشية البناني بهامش الزرقاني على مختصر خليل، طبعة دار الفكر بيروت.
- ٢١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير والشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة.
- ٢٢- حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، لعبد الرحمن بن محمد.
- ٢٣- حاشية قليبي وعمرية على شرح جلال الدين المحلي، طبعة عيسى الحلبي بالقاهرة.
- ٢٤- الحاوي الكبير، للإمام علي بن محمد الماوردي، طبعة دار الفكر بيروت.
- ٢٥- حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د/ محمد نعيم ياسين، دار الفرقان، الأردن سنة ١٩٨٤ م.
- ٢٦- الذخيرة للإمام أحمد بن إدريس القرافي، دار العزب الإسلامي، بيروت.
- ٢٧- روضة الطالبين، للإمام النووي، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٢٨- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث، طبعة دار الجليل.
- ٢٩- سنن الترمذى، لأبي عيسى محمد بن عيسى، طبعة دار الكتب، بيروت.
- ٣٠- سُنن النسائي، للإمام السيوطي، دار الريان للتراث.
- ٣١- شرح أدب القاضي لعمر بن عبد العزيز الخصاف، الدار العربية ببغداد سنة ١٩٧٨ م.
- ٣٢- شرح تحفة الحكماء، لمحمد بن أحمد ميار، دار الفكر بيروت.
- ٣٣- صحيح البخاري، للإمام محمد ابن إسماعيل البخاري، طبعة دار الريان للتراث.
- ٣٤- صحيح مسلم، للإمام مسلم، مطبعة عيسى الحلبي.
- ٣٥- عقد التحكيم في الفقه والقانون الوضعي، د/ عبد الرحمن الدوري، مطبعة الخلود ببغداد سنة ١٩٨٥ م.
- ٣٦- فتح القدير شرح الهدایة للكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى الحلبي.

٣٧- القضاء في الإسلام، د/ محمد سلام مذكور، دار النهضة العربية بالقاهرة.

٣٨- قوانين الأحكام الشرعية، لمحمد بن أحمد بن جزى، دار العلم للملاتين.

٣٩- الكاف، لعبد الله بن قدامة، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة ١٩٨٨ م.

٤٠- كشاف القناع عن متن الإقناع، لنصرور البهوتى، مكتبة النصر بالرياض.

٤١- المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن مفلح، المكتب الإسلامي، بيروت.

٤٢- المبسوط، لأبي بكر محمد السرخسي، دار المعرفة، بيروت.

٤٣- المحرر في الفقه، لأبي البركات مجد الدين، مكتبة المعارف.

٤٤- المحتل، لأبي محمد بن حزم، دار الاتحاد العربي بالقاهرة.

٤٥- المغني، لابن قدامة أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة، مكتبة الرياض.

٤٦- معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لحمد الشرييني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي مصر.

٤٧- منهاج الجليل، لمحمد عليش، مكتبة النجاح، ليبيا.

٤٨- المذهب، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، مصطفى الحلبي.

٤٩- مواهب الجليل للخطاب المالكي مع التاج والإكليل، دار الفكر.

٥٠- نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، د/ سيد أحمد محمد، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٥ م.

٥١- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، د/ عبد الكرييم زيدان، مؤسسة الرسالة.

٥٢- النظام القضائي في الفقه الإسلامي، د/ محمد رأفت عثمان، مكتبة الفلاح بالكويت.

٥٣- نظرية العَقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٠ م.

٥٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لأحمد بن حمزة الرملي، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة.

٥٥- الهدایة شرح البداية، لعلى المرغيني مع فتح القدير، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة.

فهرس الرسالة

الصفحة	الموضوع
٥	إهداء
٧	مقدمة
١١	سبب اختيار الموضوع
١٢	خطة البحث
١٥	الفصل التمهيدي: في التعريف بالتحكيم وتطوره التاريخي
١٨	المبحث الأول: تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح
٢٧	المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم
٢٩	المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السابقة
٣٣	المطلب الثاني: التحكيم عند العرب قبل الإسلام
٤٣	الباب الأول: مفهوم التحكيم في الإسلام
٤٦	الفصل الأول: مدى مشروعية التحكيم في الإسلام
٤٧	المبحث الأول: مشروعية التحكيم بالكتاب الكريم
٥١	المبحث الثاني: مشروعية التحكيم بالسنة
٥٩	المبحث الثالث: مشروعية التحكيم بالإجماع وعمل الصحابة
٦٢	المبحث الرابع: حكم التحكيم وحكمة مشروعيته
٧٢	الفصل الثاني: التحكيم في عصر النبي محمد ﷺ
٧٢	المبحث الأول: الرسول ﷺ يقضي قبلبعثة
٧٦	المبحث الثاني: أchner الرسول ﷺ بعدبعثة
٧٩	الفصل الثالث: التحكيم في عصر الخلافة الراشدة
٨٧	المبحث الأول: حجية أقضية الإمام على ھ في عصر الخلافة الراشدة
٨٨	المطلب الأول: حجية قضاء الإمام على ھ في خلافة أبي بكر ھ
٩١	المطلب الثاني: أقضية الإمام على ھ في خلافة الفاروق عمر بن الخطاب ھ

الصفحة	الموضوع
٩٨	المطلب الثالث: أقضية الإمام على في خلافة عثمان
١٠٠	المبحث الثاني: حجية أقضية الإمام على في خلافته الراشدة
١٠٥	الباب الثاني: المقومات الأساسية للتحكيم
١٠٧	الفصل الأول: أركان التحكيم
١١٨	الفصل الثاني: شروط الإيجاب والقبول
١٢٧	الفصل الثالث: الحقوق التي يتم فيها التحكيم
١٣٩	الفصل الرابع: مدى لزوم حكم المحكم
١٥٢	الفصل الخامس: الفرق بين التحكيم وبين غيره من وسائل فض النزاع
١٥٣	المبحث الأول: الفرق بين التحكيم والقضاء
١٥٧	المبحث الثاني: الفرق بين التحكيم والوكالة
١٦١	المبحث الثالث: التحكيم والصلح
١٦٤	المبحث الرابع: الفرق بين المحكم والخبر
١٦٨	المبحث الخامس: أمين سر التحكيم «الكاتب»
١٧٣	الباب الثالث: القواعد العامة للتحكيم وطرق إثباته
١٧٥	الفصل الأول: قواعد التحكيم
١٧٥	المبحث الأول: الحكم بشرعية الله
١٨١	المبحث الثاني: العدل
١٨٤	الفصل الثاني: طبيعة عمل المحكم
١٨٧	الفصل الثالث: طرق إثبات التحكيم
١٩٠	المبحث الأول: الإقرار
١٩٢	المبحث الثاني: البيئة
١٩٤	المبحث الثالث: اليمين
١٩٧	المبحث الرابع: النكول
٢٠٠	المقارنة بين آراء الفقهاء حول حجج الإثبات عند الحكم
٢٠٥	الفصل الرابع: شروط التحكيم

الصفحة	الموضوع
٢٠٦	المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالمحكم
٢٠٩	المبحث الثاني: الشروط المعتبرة في المحكم (المحكم إليه)
٢٢٦	المبحث الثالث: الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم (مجال التحكيم)
٢٣٢	المبحث الرابع: شروط صحة حكم المحكم
٢٤٣	الباب الرابع: أبرز التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام
٢٤٥	الفصل الأول: التحكيم بين الزوجين
٢٤٦	المبحث الأول: في إجراءات التحكيم
٢٥٩	المبحث الثاني: في مهمة الحكمين
٢٦٤	الفصل الثاني: التحكيم في حالات الحرب
٢٧٧	الباب الخامس: وسائل انقضاء التحكيم
٢٧٩	أولاً: الغزل (فسخ التحكيم)
٢٨٤	ثانياً: انتهاء مهمة الحكم
٢٨٥	ثالثاً: زوال أهلية الحكم
٢٨٧	الخاتمة وأهم نتائج البحث
٢٩١	المراجع
٢٩٤	الفهرس

تم الجمع والصف

بمكتب الرضا للدعاية والإعلان

١٥ ش امتداد دمسيس بجوار وزارة المالية - عمارت صف الضباط - مدينة نصر - القاهرة

تليفون: ٠٠٨٢٢٣٤٢٨٨٢٩ - ٠٢٢٣٤٢٨٨٢٩ - محمول: ٠١٤٦٠٨٦١

E.MAIL: Reda_mesr@yahoo.com



رَفِعُ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْجَنْبَرِيِّ
أَسْكَنَهُ اللَّهُ الْفَزُورَكَسِّ

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رُبْع

عن الرَّحْمَنِ الْجَنَّابِيِّ
الْمُسْكِنِ لِلْمُرْسَلِينَ لِلْمُزَوْدِ كُرْسِيٍّ
www.moswarat.com

الْجَنَّابِيِّ

فِي ضَوْءِ أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

